Ueber die

stillschweigend übernommene Verbindlichkeit

zu Bezahlung des Kaufpreises

unbestellt empfangener Waaren.

Nach gemeinem Civilrecht

von

H. H. Klemm,
Stadtgerichtsrath zu Leipzig.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1854.

Vorwort.

Das Bewußtsein, bei Beantwortung der nachstehend behandelten Fragen mit einzelnen gangbaren Auffassungen nicht im Einklange zu stehen, hat mich zur strengsten Prüfung meiner Ansichten führen müssen. Es ist mir nicht gelungen zu andern Resultaten zu gelangen und ich gestatte mir daher dem juristischen Publikum meine Arbeit vorzulegen, um, womöglich, eine weitere Besprechung dieser gewiß praktisch wichtigen Materie anzuregen. — Wo es sich um Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze handelt, habe ich vorgezogen, dieselben ausdrücklich darzustellen, statt, kürzer, auf sie nur zu verweisen. Man könnte mir in dieser Beziehung Breite vorwerfen. Allein ich glaube bemerkt zu haben, daß selbst über allgemeine Rechtssätze, sobald wenigstens praktische Folgerungen aus ihnen gezogen werden sollen, die Juristen nicht selten noch gar verschiedener

Meinung sind, und daß die bloßen Hindeutungen auf derartige allgemeine Sätze in Schriften, hier und da zum Nachtheile des Schriftstellers Mißverständnisse herbeiführen und der klaren Auffassung des Gesagten nicht förderlich sind. So habe ich die von mir gewählte Darstellungsart für rathsamer erachtet. — Der Nachsicht und dem Wohlwollen des juristischen Publikums empfehle ich diesen Versuch ganz gehorsamst.

Leipzig im August 1854.

Der Verfasser.

Die Frage, wann und inwieweit der Empfänger von Waaren, welche ihm unbestellt zum kaufen übersendet worden, zur Bezahlung gehalten sei, ist um deswillen eine schwierige, weil dabei die verwickelte Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung einschlägt.

Denn daß Jemand, der zwar unbestellt Waaren zum kaufen zugesendet erhalten hat, darnach aber die Bezahlung solcher Zusendung ausdrücklich verspricht, auch zu dieser Bezahlung verpflichtet ist, darüber kann an sich nie ein Streit entstehen. Zweifelhaft aber, ja sogar häufig zum Processe führend, wird die Sache dann, wenn der Zusender aus dem Verhalten des Empfängers unbestellter Waaren die Verbindlichkeit des Letzteren zur Bezahlung herleitet, wenn er aus dessen Verfahren nach Empfang der Waaren folgert, daß derselbe ihm, dem Absender, zur Bezahlung gehalten sei. — Es steht fest, daß in unserer geschäftslustigen Zeit das nur berührte Verhältniß häufig eintritt und daß regelmäßig, wenn darüber Differenzen entstehen, der Absender der Waaren die vom Empfänger beobachtete Handlungsweise ebenso für Letzteren präjudicirend findet, wie Letzterer sein Benehmen als ganz unverfänglich und als zur Annahme einer daraus fließenden Zahlungsverbindlichkeit geradezu ungeeignet darstellt.

Seit Kori in der Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung (Naumburg 1817), Savigny in seinem „System", Treitschke in der bekannten Monographie und Heyne in seiner Dissertation „über den stillschweigend erklärten und präsumtiven Willen"*) sich über die hier einschlagenden Grundsätze ausgesprochen haben, ist ein längerer Zeitraum vergangen und Wissenschaft und Praxis haben Gelegenheit gehabt, zu zeigen, wie sie das gebotene Material des weiteren zu verarbeiten und fruchtbringend zu machen verstanden.

Hier dürfte die Erfahrung wohl lehren, daß es zu einem erschöpfenden Einverständniß über feste Sätze noch immer nicht kommen will; daß es noch nicht gelungen ist, eine bestimmte Meinung anzunehmen und sich an diese consequent anzuschließen. Man wird dies bestätigt finden, wenn man sich die Mühe geben will, Entscheidungen in Processen über die hier angeregte Frage aus den letzten 15 Jahren aufzusuchen und zu vergleichen.

Ich halte daher den Versuch einer Revision der fraglichen Lehre für gerechtfertigt.

Es scheint, man habe vor allen Dingen von zwei einfachen und ganz zweifellosen Sätzen auszugehen:

1) daß der Kauf, als Consensualcontract, nicht eher für geschlossen erachtet werden könne, als bis beide Theile über Sache und Preis einig sind;
2) daß, wenn ein angebotener Handel stillschweigend angenommen sein soll, das stillschweigende Einverständniß des Acceptirenden auf Waare und Preis sich erstrecken müsse.

*) Der Titel lautet: De voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole, ejusque in jure effectibus. Dresd. & Lips. apud Arnoldum 1840.

Sind diese beiden Sätze richtig — wie Niemand läugnen wird, so kommt es im bestimmten Falle nur darauf an, zu prüfen, ob die Thatsachen, aus welchen die Verpflichtung des Waarenempfängers zur Bezahlung hervorgehen soll, ausreichen, um annehmen zu lassen, daß er mit der Waare und dem Preise einverstanden sei. —

Schon hier ergiebt sich also, daß es zum größten Theile factische Fragen sind, durch deren Erledigung die Lösung unserer Aufgabe bedingt wird und folgt allerdings hieraus eine große Schwierigkeit, feste, leitende Sätze aufzustellen. Denn die Antwort darauf, ob gewisse Thatsachen ausreichen, um eine Willensmeinung mit der Sicherheit erkennen zu lassen, daß rechtliche Folgen daran geknüpft werden können, muß in sehr vielen Fällen aus psychologischen, ja selbst physiologischen Gründen hergeleitet werden, und es erhellt sonach, daß in Folge der an sich schon vorhandenen Vielfältigkeit der factischen Combinationen, sich auch die Möglichkeit damit in Verbindung tretender verschiedener Schlußfolgerungen hinsichtlich des Willens der Interessenten ins unendliche vervielfältigen muß.

Unter diesen Umständen scheint es der einzige Weg, um zu gewissen Anhaltepunkten zu gelangen, daß man die große Zahl der in Betracht kommenden Thatsachen in einzelne bestimmte Gruppen sondert und gleichmäßig darnach die Fragen über die stillschweigende Willenserklärung abgränzt. Es gestaltet sich so die Untersuchung für die vorliegende Aufgabe in der Weise, daß man bei den verschiedenen thatsächlichen Voraussetzungen immer wieder zu fragen hat: ob das Verhalten des Waarenempfängers gerade bei den jedesmaligen speciellen factischen Momenten zu der Annahme führe, daß er über Waare und Preis mit dem Absender einverstanden sei, und also als Käufer angesehen und darnach gehalten werden müsse.

Bevor aber zur Begutachtung der einzelnen thatsächlichen Verhältnisse in diesem Sinne geschritten werden kann, möchte eine doppelte Bemerkung nöthig sein.

Einmal ist hier der Eintheilungen und Terminologien zu gedenken, welche die Juristen in Bezug auf die stillschweigende Willenserklärung erfunden haben. Das complicirte, zum Theil unbestimmte Wesen dieser Eintheilungen zeigt deutlich, daß die Doctrin auf unsichern Füßen hier steht. Ich halte daher für nöthig, das für unseren Zweck Unnütze vor allen Dingen hier ausdrücklich zurückzuweisen.

Es ist zuerst der stillschweigend erklärte Wille im engern Sinne (wohl auch, obschon nicht logisch, der stillschweigende Wille genannt), voluntas tacite patefacta, tacite declarata zu erwähnen. Man versteht darunter die Willensäußerung, welche mit innerer Nothwendigkeit so aus einer vorliegenden Handlung hervorgeht, daß jede andere Annahme der gesunden Vernunft widerstreiten würde.*)

Dann ist des fingirten Willens (ficta voluntas) zu gedenken. Man bezeichnet damit eine bestimmte Willensmeinung, welche bei gewissen factischen Verhältnissen, wo zweifellos gar kein Wille oder ein ganz anderer Wille des betreffenden Individuums existirt, durch gesetzliche Vorschrift hingestellt und selbst gegen die Wahrheit festgehalten wird.**)

Hieran schließt sich der vermuthete oder präsumtive

---

*) Beispiele bei Heyne l. l. §. 5. pag. 23. Natürlich ist hier der Beweis des Gegentheils ausgeschlossen.

**) Beispiele bei v. Savigny, System Bd. 3. S. 253. §. 133, ebenso bietet dergleichen die Lehre von der Execution im Processe (pignus ex caussa judicati captum L. 1. C. si in caus: jud: VIII. 23). Auch gehörte hierher die fingirte Einwilligung des renitenten Verlobten bei der Zwangstrauung. Vergl. Churf. Sächs. Rescr. vom 10. April 1607 und das daselbst vorgeschriebene Trauungsformular. C. A. I. 1011.

Wille (voluntas praesumta) d. h. diejenige Willensmeinung, welche aus Handlungen als wahrscheinliche Absicht des Handelnden gefolgert wird. In einzelnen Fällen stellt hier und da das Gesetz selbst diese Folgerungen vom rechtlichen Gesichtspunkte aus auf (sogen. praesumtio juris), in andern ist es nur allgemeines menschliches Dafürhalten, welches bei für sich bestehenden Handlungen erfahrungsgemäß eine bestimmte Willensmeinung des Handelnden voraussetzt (sogen. praesumtio facti, s. hominis). Bekanntlich schließt das Erfahrungsgemäße und Wahrscheinliche nicht zugleich das absolut Richtige und Wahre in sich; und daher muß es dem Betheiligten, dessen Wille an sich aus seiner Handlungsweise präsumirt wird, nachgelassen sein, den Beweis der Unrichtigkeit dieser Folgerung zu führen und so die Präsumtion zu entkräften. Nur in ganz singulären Fällen geht die gesetzliche Vorschrift, welche eine Vermuthung des Willens aufstellt, so weit, daß sie zugleich den Beweis des Gegentheiles ausschließt, und hier schlägt die Eintheilung der praesumtiones juris in praesumtiones juris et de jure s. violentas und praesumtiones juris simplices ein.

Daß zwischen der fingirten und der auf einer praesumtio juris et de jure ruhenden Willenserklärung ein praktischer Unterschied nicht Statt findet, dürfte zweifellos sein.*)

Nach dem Bisherigen zeigt sich, daß die Annahme einer stillschweigenden und einer nur factisch präsumirten Willenserklärung auf der freien, logischen und erfahrungsgemäßen Würdigung von Thatsachen beruht, während der fingirte und rechtlich präsumirte Wille einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift bedarf, durch welche er mit bestimmten that-

*) Die Neuern nennen die Thatsachen, aus denen der stillschweigend erklärte und der präsumtive Wille abgeleitet wird, mit dem gemeinschaftlichen Namen: facta concludentia.

sächlichen Verhältnissen verknüpft wird. Der Natur der Sache nach kann die Beurtheilung von Thatsachen nach ihrer innern, nothwendigen oder erfahrungsgemäßen Consequenz, einer Beschränkung auf einzelne Fälle nicht unterliegen, während da, wo gesetzliche Vorschriften bestimmte Thatsachen in bestimmtem Sinne deuten, die Frage entsteht, ob eine Ausdehnung solcher positiver, für bestimmte Fälle aufgestellter Sätze auf ähnliche Verhältnisse zulässig erscheint. Nun dürfte an sich klar sein, daß Fictionen einer Willensmeinung streng auf den Fall, für welchen sie eingeführt worden, zu beschränken sind, da die Annahme einer Willensrichtung gegen die Wahrheit allen über das Zustandekommen und die Existenz von Rechtsverhältnissen sonst geltenden Principien direct entgegensteht, und daher so singulärer Natur ist, daß an eine Ausdehnung nicht gedacht werden kann. Der Fall einer Fiction ist eben, rechtlich betrachtet, ein so außerordentlicher, daß von ihm ein Schluß auf einen ähnlichen Fall nicht zulässig erscheint.

Gleiches muß hier auch von den juristischen Präsumtionen gelten. Die gesetzliche Vorschrift, durch welche mit einzelnen bestimmten Handlungen die Annahme einer vom Gesetze bezeichneten bestimmten Willensrichtung des Handelnden verbunden wird, ist für alle Fälle, wo sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, durch Analogien und Schlußfolgerungen nicht zu ersetzen; es wird nur, wenn Jemand von einem Falle, für welchen ein juristisch präsumirter Wille existirt, auf die nämliche Willensrichtung in einem ähnlichen Falle schließt, für diesen letztern Fall nach menschlichem Dafürhalten Das als wahr angenommen, was für ersteren Fall das Gesetz aufstellt, keinesweges kann einer solchen Annahme die Kraft des Gesetzes selbst beigelegt werden; es tritt also, wenn man von einer juristischen Präsumtion eine analoge Anwendung machen will,

die so aufgestellte Folgerung nur als *factische Präsumtion* hervor.

Hierbei sind allerdings Fictionen und diejenigen juristischen Präsumtionen, welche den Beweis des Gegentheiles ausschließen, nur auf einzelne eigenthümliche oder wenigstens ganz scharf begränzte Fälle beschränkt, während die einfachen juristischen Präsumtionen öfters die Natur eines *allgemeineren Principes* annehmen, wie z. B. der Satz: daß der Gläubiger durch Aushändigung des Schuldscheines an den Schuldner, die Schuld erlasse. L. 2. §. 1. D. de pact: II. 14. L. 7. C. de remiss. pign. VIII. 26. — Es kann zwar vorkommen, daß im einzelnen Falle die juristische Präsumtion des Willens auch zugleich der nach allgemein menschlichem Dafürhalten geltenden Auffassung der Thatsachen entspricht, und so eine juristische und factische Präsumtion zusammenfällt; allein hieraus folgt nur, daß der positive Rechtssatz den nach der gewöhnlichen menschlichen Anschauung mit einer Handlung verbundenen Willen des Handelnden ebenmäßig als vorhanden annimmt, nicht aber folgt, daß diese durch den positiven Rechtssatz festgestellte Annahme auch in ähnlichen Fällen als *gesetzliche* Norm zu gelten habe.

Somit bin ich der Meinung, daß zwar bei allen Handlungen sich die Frage aufwerfen läßt, ob daraus eine *stillschweigende* Willenserklärung hervorgehe oder eine Willenserklärung *factisch* sich präsumiren lasse; daß aber *Fictionen* und *rechtliche Präsumtionen* nur bei denjenigen Thatsachen eintreten können, mit welchen sie ausdrücklich durch gesetzliche Vorschriften verbunden sind.

Nun giebt es keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften, welche für die Handlungsweise eines Versenders und eines Empfängers unbestellter Waaren *Fictionen* aufstellten. Es wird sich daher bei der hier zu besprechenden Frage nur darum

handeln, zu bestimmen, ob in dem Verhalten des Empfängers nach der Zusendung der Waaren Momente vorliegen, aus denen mit logischer, oder wenigstens mit rechtlich oder nach allgemeinem menschlichen Dafürhalten begründeter Nothwendigkeit (mit stillschweigender oder präsumtiver Einwilligung,) die Erkaufung der übersendeten Waaren, d. h. des Empfängers Zustimmung die Waaren für einen bestimmten Preis behalten zu wollen, abzuleiten sei, oder ob an eine solche Schlußfolgerung nicht gedacht werden könne. In allen Fällen aber, wo präsumtiver Abschluß des Handels vorliegt, wird dann noch zu fragen sein, ob die eintretende Präsumtion den Beweis des Gegentheils ausschließe, oder ob dem Empfänger dieser Beweis nachgelassen sei.

Ferner aber muß noch hervorgehoben werden, daß bei Aufwerfung unserer Frage vorausgesetzt wird: es habe der Uebersender der Waaren sie dem Empfänger in der Letzterem erkennbaren Absicht, daß er sie kaufen solle, zugeschickt.

Liegt diese Absicht der Uebersendung nicht zu Grunde, oder war sie dem Empfänger nicht offenkundig, so kann natürlich aus der nachfolgenden Handlungsweise desselben eine Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises niemals folgen, weil der Empfänger durch seine einseitige Handlungsweise den fehlenden Consens des andern Theiles nicht ersetzen oder, dafern er von der vorhandenen Absicht des Zusendenden keine Kenntniß hatte, durch seine Verfügungen ein Einverständniß mit dem Anerbieten des Absenders nie bewirken kann. Dies schließt allerdings nicht aus, daß später zwischen dem Interessenten durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinigung noch ein Kauf über die zugesendeten Gegenstände abgeschlossen werden kann; allein in einem solchen Falle fließen dann die Rechte und Ver-

bindlichkeiten der Betheiligten nicht aus der Zusendung der unbestellten Waaren, sondern aus der später hinzugetretenen neuen Vereinbarung und es gehört also ein solcher Fall gar nicht hierher.

Auch in Bezug auf Erklärung des Willens Seiten des Zusenders ist festzuhalten, daß dieselbe ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder stillschweigend geschehen kann und kommt, da ebenmäßig auf positiven Gesetzvorschriften ruhende fingirte Willensannahmen hier nicht existiren, auch hierbei in Betracht, ob der stillschweigend erklärte Wille als solcher im engern Sinne oder nur als präsumirter Wille hervortrete. Letzteres wird besonders dann der Fall sein, wenn die Waaren mit einer Preisbemerkung — vielleicht sogar noch mit besondern Bestimmungen rücksichtlich der Zahlungszeit (Ziel), der Geldsorten, in welchen Zahlung erwartet wird (klingend Courant), des etwa offerirten Rabattes u. s. w. zugesendet werden. Beiläufig muß ich hier bemerken, daß, wenn auch der Zusender der Waare dem Kaufmannsstande angehört, hieraus allein die Absicht, die übersendeten Waaren verkaufen zu wollen, noch nicht vermuthet werden kann, da sich andere Gründe der Zusendung, z. B. der Wunsch, die Waaren einstweilen zur Aufbewahrung oder in Commission zu geben, mit gleicher Wahrscheinlichkeit denken lassen. Nur in Verbindung mit andern schlüssigen Thatsachen kann der Stand als Handelsmann die Absicht eines angetragenen Verkaufes zu documentiren beitragen. — Wie im Zweifelsfalle das Vorhandensein der Absicht des Verkaufes Seiten des Absenders und die Kenntniß dieser Absicht Seiten des Empfängers zu beweisen sei, ist eine hier nicht näher zu prüfende processualische Frage; es genügt die Hindeutung, daß jene Absicht für unsern Fall als unzweifelhaft vorausgesetzt wird. —

Die nähere Betrachtung führt nun zu folgenden Fällen:

I.

Die Waaren sind zum kaufen, jedoch ohne Bestimmung eines Preises zugesendet worden.

Hier ergiebt sich sofort, daß die nachfolgende Handlungsweise des Empfängers allein, denselben niemals zur Bezahlung eines Kaufpreises verpflichten könne; denn es mögen diese Facta in Bezug auf die Absicht, die Waaren zu behalten, so concludent ausfallen, als sie nur wollen, es kann darinnen nie die Einwilligung in einen bestimmten Preis, von dem ja noch gar nicht die Rede gewesen ist, gefunden werden. Nur wenn Absender und Empfänger sich später über den Preis noch einigen, kann nachträglich ein Kauf zu Stande kommen; dann aber fließt — wie bereits angedeutet worden — des Empfängers Zahlungsverbindlichkeit aus dieser spätern Einigung, also aus neuen, selbstständigen Thatsachen, nicht aus der erfolgten Zusendung und dem darauf folgenden Verfahren des Empfängers.

Daß derjenige, an welchen die unbestellten Waaren gelangen sollen, die Annahme derselben verweigern kann, ohne irgend eine Verpflichtung zu übernehmen, folgt aus dem unbezweifelten Rechtssatze, nach welchem Niemand außerhalb schon bestehender obligatorischer Verhältnisse für den Andern etwas zu thun, oder Eingriffe des Andern in das eigne Rechtsgebiet zu dulden braucht. — Aber auch wenn der Adressat die Waaren annimmt, kann er dieselben ruhig bei sich liegen lassen, ja sogar durch Gebrauch, Verbrauch, Veränderung, Weiterveräußerung, Vernichtung, kurz durch alle die Handlungen, in welchen man gewöhnlich eine sogenannte „Anmaßung" erblickt, darüber verfügen, ohne sich zu Bezahlung eines Kaufpreises verbindlich zu machen, denn aus allen diesen Handlungen folgt nach keiner Richtung, daß der Empfänger mit

dem Absender über einen Kaufpreis einig geworden sei. Sehr irrig würde der Versender daher handeln, wenn er, nachdem seine Waaren eine Zeit lang beim Empfänger gelegen, oder selbst wenn dieser eine sogenannte Anmaßung begangen, nachträglich mit einer Preisnote hervortreten und darnach Bezahlung der Waaren, etwa unter dem Anführen, daß dies die für die fraglichen Artikel üblichen, oder bei ihm, dem Absender, gangbaren Verkaufspreise seien, fordern wollte. Dieses einseitige Verlangen wird nie geeignet sein, den Antrag auf Verurtheilung des Empfängers in Bezahlung jener Preise zu rechtfertigen, denn es mangelt die begründete Bezugnahme darauf, daß der Empfänger die fraglichen Preise genehmigt habe, daß er mit dem Absender darüber einig geworden sei, was allein den Kauf zur Perfection gebracht und die Preisforderung zur rechtlichen Gültigkeit erhoben hätte. Selbst wenn der Absender der Waaren sich darauf stützen könnte, daß dem Empfänger bereits vor dem Empfange bekannt gewesen sei, wie er, der Absender, Waaren der fraglichen Art zu den nachträglich geforderten Preisen überhaupt zu verkaufen pflege, oder: daß der Empfänger bereits früher gleichartige Waaren zur nämlichen Preishöhe von ihm erkauft habe, würde dieser Umstand doch als Grundlage einer stillschweigenden Genehmigung dieser Preise Seiten des Empfängers nie angesehen werden können, da die Feststellung der Höhe des Kaufpreises für jeden einzelnen Kaufsabschluß selbstständig erfolgen muß, dabei von der freien Vereinigung beider Theile abhängt und frühere Vorgänge bei anderen Gelegenheiten an sich nicht geeignet sind, den Entschluß des Verkäufers für den spätern Fall zu bekunden. Nur der Umstand, daß die übersendeten Waaren zu denjenigen gehören, für deren Verkauf eine legale Taxe existirt (z. B. Tabak, Salz, Fleisch und ähnliche monopolisirte oder unentbehrliche

Lebensbedürfnisse), wird den Mangel einer vom Versender der Waare ausgehenden besondern Preisbestimmung ersetzen; denn derartige Taxen, welche nach höhern Staatsrücksichten theils die Vertheuerung, theils die Verschleuderung der betreffenden Artikel verhindern sollen, normiren in der Regel den Kaufpreis für den Fall, wenn etwas Anderes darüber zwischen den Interessenten nicht vereinbart worden und es gilt hier der durch die gesetzliche Taxe bereits veröffentlichte Preis, wenn der Waarenversender im einzelnen Falle nichts Anderes bestimmt, als durch das Gesetz bereits mit der Waaren-Uebersendung verbunden. In einem solchen Falle kann man also nicht sagen, daß die Waaren ohne Preisbestimmung übersendet würden; die Preisbestimmung ist vorhanden, nur geht sie nicht vom Versender unmittelbar, sondern vom Gesetze aus, unter welches das Verfahren des Absenders fällt, welcher Waaren, die der Taxe unterliegen, verkaufen zu wollen erklärt, ohne über den Preis etwas besonders festzustellen. Noch unzweifelhafter gilt der Taxpreis als bei der Waarenübersendung hinzugefügt, wenn (ausnahmsweise) das Gesetz jede vom Taxpreise abweichende Vereinbarung verbietet.

Eine andere Frage ist aber die, ob nicht der Empfänger der unbestellten und ohne Preisbestimmung übersendeten Waaren aus der Annahme derselben und seinem spätern Verfahren, wenn auch nicht zu Bezahlung des Kaufpreises, so doch in anderer Beziehung insbesondere zum Schadenersatz verbindlich werde. — Hier ist die Handlungsweise des Empfängers näher zu betrachten.

Nimmt er die offerirten Waaren nur bei sich auf (für welche Handlungsweise ich in der folgenden Darstellung schlechthin: Annahme der Waare, annehmen, im Gegensatz zur Anmaßung brauchen werde), statt, wie er be-

rechtigt wäre, sie zurückzuweisen, so liegt hierinnen, wenn man auf den Grund geht, noch kein positives Einschreiten des Empfängers, sondern nur ein negatives Verhalten; er duldet nur, daß die fraglichen Gegenstände bei ihm niedergelegt werden. Noch weniger ist in solcher Annahme eine Anmaßung zu finden. (Siehe unten S. 17.) Allein je unzweifelhafter es nach dem oben Erörterten ist, daß durch die Annahme ein Kaufvertrag in keiner Weise zu Stande kommt, um so deutlicher tritt dann auch hervor, daß der Empfänger fremde Sachen bei sich aufnimmt und mit einem fremden Interesse sich in Berührung bringt. Es muß daher zunächst davon ausgegangen werden, daß er für die Aufbewahrung der Waaren als negotiorum gestor des Absenders haftet und das Interesse des Letzteren als Führer fremder Geschäfte zu besorgen hat (cf. L. 1. L. 3. pr. D. de negot. gestis III. 5.), denn er übernimmt dann ohne Auftrag des Absenders eine Verrichtung, der sich der Letztere zu unterziehen hätte, wenn der Empfänger, statt die Niederlegung der Sachen bei sich zu gestatten, dieselben — wie ihm frei stand — gar nicht angenommen hätte. Es läßt dieses Verfahren vernünftigerweise keine andere Deutung zu, als daß der Waarenempfänger, was die Aufbewahrung der Waaren anlangt, an die Stelle des Absenders treten wolle und muß also recht eigentlich als stillschweigende Uebernahme eines fremden Geschäftes, also als negotiorum gestio gelten.

Der Empfänger haftet dann unbedingt für die geeignete, angemessene Aufbewahrung der Sachen und muß sie jederzeit dem Uebersender auf dessen Verlangen zurückgeben. Er hat hierbei dolum und omnem culpam zu prästiren — muß daher, was Sicherheit und zuträgliche Beschaffenheit des Aufbewahrungsortes nicht minder die Art der Aufbewahrung anlangt, als guter Hausvater auswählen und han-

deln (§. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr. III. 28). Für den Zufall steht er natürlich nicht ein, da das Geschäft, welches er besorgt, keine von dem gewöhnlichen Geschäftsgange abweichende gewagte Unternehmung in sich begreift, und lediglich dazu dient, den Absender vor Schaden zu bewahren (L. 11. D. de negot. gest. III. 5). Noch weniger braucht er für die nachtheiligen Veränderungen aufzukommen, welche die Sachen vermöge ihrer innern Natur und Beschaffenheit durch das Lagern erleiden, sondern es treffen alle die hieraus hervorgehenden Nachtheile den Eigenthümer der Sachen als denjenigen, welcher die natürlichen Verwandlungen der Substanz seines Vermögens tragen muß. Wer also unbestellt und ohne Preisbestimmung Waaren, welche dem Verderben leicht ausgesetzt sind (quae servando servari nequeunt), wie Südfrüchte, Austern, Seefische 2c. zum Kauf zugesendet erhält, wird aus der Annahme nur verbindlich, diese Sachen an einem geeigneten Orte und so aufzubewahren, wie es zu ihrer Erhaltung nach den Regeln einer guten Wirthschaft dienlich erscheint; wenn er hierunter eine Nachlässigkeit sich zu Schulden kommen läßt, wird er als Geschäftsführer zum Schadenersatz verpflichtet; im Uebrigen aber kann der Empfänger die Sachen bis zur Verfügung des Absenders liegen lassen, ohne irgend verantwortlich zu werden und wenn die Waaren trotz der bezeichneten vorsichtigen Aufbewahrung verderben oder sonst werthlos werden, so berührt dies den Empfänger in keiner Weise; derselbe braucht auch den Absender auf einen derartigen drohenden Nachtheil nicht aufmerksam zu machen, denn es muß vorausgesetzt werden, daß der Absender die Natur und Beschaffenheit der von ihm versendeten Waaren kennt.

Sind dem Empfänger durch die von ihm besorgte Aufbewahrung Kosten entstanden, so folgt aus den allgemeinen, über

die negotiorum gestio geltenden Grundsätzen, daß er ein Recht auf Erstattung derselben gegenüber dem Absender hat und daß er die fraglichen Waaren bis zur Erledigung seiner Forderung retiniren kann. — In Bezug auf die Wahl des geeigneten Ortes zur Aufbewahrung ist der Empfänger durch keine gesetzliche Vorschrift beschränkt; insbesondere kann es ihm mit Grund Rechtens nicht zur Pflicht gemacht werden, die Waaren in seiner Behausung, wenn sie zur Aufbewahrung passend, zu behalten. Daher bleibt es dem Empfänger unbenommen, ein geeignetes Local für die Lagerung der Waaren zu miethen, namentlich sie zu einem Spediteur aufs Lager zu geben und muß der Absender die dadurch veranlaßten Spesen in so weit vergüten, als die Höhe des vom Waarenempfänger bewilligten Miethzinses oder des berechneten Lagergeldes mit der vom Waarenempfänger zu prästirenden Fürsorge und hausväterlichen Umsicht nicht in Widerspruch tritt; denn in so weit erscheinen diese Spesen als zur Aufbewahrung nothwendige. Eine Verfügung über die Waaren in dem Sinne, daß daraus eine Anmaßung derselben gefolgert werden könnte, ist in einer solchen Lagerung in fremder Localität auch nicht enthalten, da dieselbe weder eine Veränderung noch eine Veräußerung der Waaren in sich schließt, auch ohne die Absicht, die Waaren als Eigenthümer verwenden zu wollen, vom Empfänger vorgenommen wird. (Siehe unten S. 17.) Ueberträgt der Waarenempfänger bei solcher Gelegenheit dem Inhaber der ermietheten Localitäten (dem Spediteur) zugleich die Aufbewahrung selbst, so hat er natürlich für dessen Versehen und Verschuldungen, dem Absender gegenüber, ebenso aufzukommen, wie für seine eignen. L. 21. §. 3. D. de negot. gest. III. 5.

Uebrigens kann ich hier die Ansicht nicht zurückhalten, daß, wenn der Waarenempfänger selbst Spediteur ist, sich also ge-

werbsmäßig von Vermiethung seiner Niederlagsräume ernährt, er dann für die Zeit, wo er ihm unbestellt zugesendete Waaren in seiner Niederlage behalten hat, die ortsüblichen Niederlags-Spesen dem Absender der Waaren zur Last bringen kann; denn es ist bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen, daß ihm durch die fraglichen Gegenstände der Raum zur Lagerung anderer Waaren entzogen worden, und muß hierbei der Absender die Folgen seiner Handlungsweise selbst tragen — er hätte die Waaren nicht unbestellt zusenden oder sofort zurück verlangen sollen. Nur wenn der Absender den Beweis zu führen vermöchte, daß dem Empfänger im fraglichen Falle durch Lagerung der unbestellten Waaren die gewerbsmäßige Nutzung seiner Räume nicht geschmälert worden sei, würde dieser Spesen-Ansatz wegfallen. An diesen Sätzen wird dadurch, daß der Empfänger bei Aufnahme der Waaren dem Absender gegenüber sich ausdrücklich gegen die Annahme, als wolle er die Waaren für sich behalten, verwahrt (protestirt) oder dem Absender ausdrücklich erklärt hat, wie er, der Empfänger, die Waaren nur für Rechnung und Gefahr des Absenders und bis zu dessen Verfügung aufnehme (Stellung zur Disposition), in so fern etwas geändert, als von der Zeit, wo der Absender nach Empfang der betreffenden Erklärung die vom Empfänger nicht acceptirten Waaren bei Letzterem liegen läßt, — wie die unten sub II. S. 45 ff. entwickelten Grundsätze bestätigen werden — zwischen Beiden wegen Aufbewahrung der Waaren ein Mandats-Verhältniß eintritt, in welchem der Empfänger als Mandatar, der Absender als Mandant erscheint, und wobei die Verpflichtungen des Empfängers, für die Aufbewahrung zu sorgen und die Art und Weise derselben zu vertreten, ebenso wie die Berechtigung, den dadurch erwachsenen Aufwand erstattet zu verlangen, nach den allgemeinen Regeln vom Mandatscontract zu beurtheilen sind.

Vergl. v. Vangerow Leitfaden ꝛc. Marburg u. Leipzig 1847. Bd. 3. §. 664. S. 487. Es stellt sich hier, was die Prästation des dolus und der culpa anlangt, nicht minder rücksichtlich der Verpflichtung zur Tragung des Zufalls, ein praktischer Unterschied zwischen dem Verhältnisse der negotiorum gestio und dem des Mandates nicht weiter heraus; nur wenn der Empfänger, als Mandatar sich einen Substituten erwählt, haftet er, wenn er mit Sorgfalt verfuhr, für des Letzteren Versehen dem Absender gegenüber nur so weit als er selbst sich an seinem Substituten zu erholen vermag. Vergl. Puchta, Pandekten. Leipzig, 1845. §. 342. S. 456.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Empfänger der Waaren sich derselben angemaßt hat. Da die Frage, ob Anmaßung vorliege, eine factische ist, so lassen sich erschöpfende allgemeine Regeln nicht aufstellen und es bietet jeder einzelne Fall viel Streitpunkte dar. Als feststehend möchte Folgendes gelten können.

Nicht jede Verfügung über die Waaren ist eine Anmaßung; unter Letzterer versteht man vielmehr nur diejenige Handlungsweise des Empfängers, aus welcher hervorgeht, daß er als Eigenthümer sich habe der Waaren bedienen wollen.*) Es handelt sich hier wieder um facta concludentia, welche entweder einen stillschweigend erklärten oder einen zu präsumirenden Willen des Empfängers erkennen lassen. — Alle Verfügungen, welche nur die Aufbewahrung oder Erhaltung der Waaren bezwecken, gehören lediglich zu der vom Empfänger für den Absender übernommenen Geschäftsführung und machen beide Theile nur nach den Regeln der negotiorum gestio verbindlich; lassen aber die Verfügungen erkennen, daß der Empfänger sich der Waaren so,

*) Heyne, dissert. laud. §. 17. pag. 69.

als seien sie ihm gehörig, habe bedienen wollen, dann gehen sie in Anmaßung über und legen natürlich auch weiter greifende Verpflichtungen auf.

Eine stillschweigende Willenserklärung finde ich hier dann, wenn der Empfänger selbst die Waaren verzehrt oder aufbraucht. Dieses Verfahren enthält zunächst die vollendetste und unbeschränkteste Verfügung über die Substanz der Sachen und entspricht also genau dem Begriffe der Berechtigung, welche man als hauptsächlich und specifisch aus dem Eigenthume hervorgehend ansieht. Sodann aber liegt in solchem Verfahren auch ganz unläugbar die Absicht des Empfängers, die Waaren für sich zu verwenden und es scheint mir die einzig vernünftige Erklärung einer derartigen Handlungsweise die zu sein, daß der Consument die Waaren als die seinigen habe betrachtet wissen wollen. In so weit kann ich mich mit Heyne, der in seiner Dissertation §. 17. pag. 69. in jedem Verbrauch der unbestellten Waaren nur die präsumtive Absicht, sich derselben anmaßen zu wollen, erblickt, nicht einverstanden erklären.

Daß durch die hier betrachtete positive und eigenmächtige Handlungsweise der Empfänger dem Absender zum Schadenersatze verpflichtet werde, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unzweifelhaft; aber es muß diese Schädenforderung selbstständig, entsprechend der Größe des Vermögensnachtheiles, welchen der Beschädigte erlitten, quantificirt werden; keineswegs kann der Kaufpreis der Waaren, welchen der Absender nachträglich in Ansatz bringen will, diese Quantificirung ersetzen, da aus einer solchen einseitigen Preisangabe nicht abgenommen werden kann, inwieweit sie mit dem Vermögensnachtheile, welchen der Absender erleidet und der allein die Basis einer Schädenforderung bilden kann, übereinstimmt. Dagegen wird der

Absender hierbei nicht an den einfachen Verkehrswerth der ihm entzogenen Artikel gebunden sein, sondern er wird sein ganzes Interesse, und dafern er im Uebrigen die nöthigen factischen Unterlagen beibringen kann, mit Hilfe des Würderungseides beanspruchen können. Denn ihm gegenüber stellt sich das Verfahren des Empfängers augenscheinlich mindestens als culpa lata dar. Vergl. unten S. 23.

Gleiche Grundsätze haben zunächst auch einzutreten, wenn die Anmaßung nur auf factisch zu präsumirendem Willen des Empfängers beruht. Ich rechne hierhin die Fälle, wenn der Empfänger die Waaren vernichtet, weiter veräußert, verändert oder ebenso, wie seine eignen, in Gebrauch genommen hat. Erfahrungsgemäß läßt sich als wahrscheinliches Motiv zu einem solchen Verfahren nur annehmen, daß der Handelnde die fraglichen Sachen als seiner unbedingten Herrschaft unterworfen betrachtet wissen und als Derjenige gelten will, welcher selbstständig die fraglichen Verfügungen vorgenommen hat. In der Verpflichtung, dem Absender für den ihm hierbei erwachsenden Schaden aufzukommen, wird durch die nur präsumtiv erfolgte Anmaßung an sich Nichts geändert, nur ist es dem Empfänger nachgelassen, dem Absender gegenüber den Gegenbeweis zu führen, und darzuthun, daß er für sich über die Waaren nicht verfügt, sondern dies im beabsichtigten Interesse des Absenders selbst gethan habe. Gelingt dieser (in der Regel sehr schwere) Beweis, so kann der Empfänger nicht zum Schadenersatz schlechthin, sondern er kann nur als negotiorum gestor zur Herausgabe Dessen, was er aus der gestio in Händen hat und zur Vertretung der bei der negotiorum gestio etwa verhangenen culpa angehalten werden.

Es ist gesagt worden, daß in den hier betrachteten Fällen

präsumtiver Anmaßung der Gegenbeweis sehr schwer sein werde und es bedarf dies keiner weitern Nachweisung. Unmöglich sind aber Fälle für einen Gegenbeweis hier keineswegs und ich will, was die Vernichtung der Waaren anlangt, hier nur darauf hinweisen, daß dieselbe in der wohlmeinenden Absicht geschehen kann, um den ausländischen Absender (der aus Unkunde gegen gewisse Prohibitiv-Gesetze gefehlt haben kann, oder dessen Vorhaben plötzliche politische Ereignisse entgegen treten,) vor Confiscationen, Untersuchungen, Strafen rc. zu schützen. Ebenso kann sich der Empfänger unbestellter und ohne Preisbemerkung zugesendeter Waaren, welche sofortigem Verderben ausgesetzt sind, vor Schädenansprüchen schützen, wenn er nachweist, daß er dieselben für Rechnung des Absenders bestmöglichst verkauft habe. Zu diesem Nachweise ist vor Allem erforderlich, daß der Empfänger den Verkauf nicht in seinem Namen, sondern in der erklärten Absicht, für den Absender verkaufen zu wollen, vornimmt und so die Präsumtion der Anmaßung beseitigt. Er giebt dann nur den Erlös heraus und kann (als negotiorum gestor) etwaige Spesen vergütet verlangen. Dies geht so weit, daß er jene Waaren erst eine Zeit lang bei sich liegen und ihrer besondern Natur gemäß deren Verderben beginnen lassen kann; wenn er dann den noch unverdorbenen Rest für Rechnung des Absenders bestmöglichst verkauft, so zahlt er diesen Erlös als negotiorum gestor zurück und haftet im Uebrigen für Nichts. Es ist hier darauf hinzuweisen, daß jeder Anspruch aus der Anmaßung oder Verfügung erst von dem Augenblicke an, wo dieselbe eingetreten, erwächst und daß daher aller Zufall, welcher die Waaren vorher trifft, vom Absender allein zu tragen ist. Erfolgt mithin die Anmaßung erst nach theilweisem, zufälligem Verderben der Waaren, so wird der Empfänger nur nach Höhe des Restes, der

noch nicht verdorben war, zum Schadenersatz verpflichtet, wie er, wenn er als negotiorum gestor verkaufte, nur das wirklich Gelöste herauszahlt; der verdorbene Theil fällt dann dem Absender zur Last.

Es ist denkbar, daß selbst bei der durch Weiterveräußerung oder Veränderung erfolgten Anmaßung der Empfänger im Stande ist, die Waaren, beziehendlich mit den inmittelst davon gezogenen oder zu ziehen gewesenen Früchten, wieder herbei zu schaffen, respective die Veränderung wieder zu beseitigen. Kann er sich hierdurch von der Verpflichtung zum Schadenersatze ganz oder zum Theil befreien? Ich glaube diese Frage hier bejahen zu müssen. Unumgänglich ist hierbei, daß der Zustand, in welchem die Waaren dem Absender wieder angeboten werden, kein schlechterer sein darf, als im Augenblicke der erfolgten Anmaßung. Die Schädenklage des Absenders geht nicht aus dem allgemeinen Begriffe der Vermögensverletzung überhaupt hervor, sondern sie ruht auf der Thatsache: daß bestimmte Vermögensobjecte dem Absender vom Empfänger entzogen worden sind und Letzterem hierdurch ein Vermögensnachtheil erwachsen ist. Diese Forderung ist also, soweit es sich um Erstattung des durch die Waaren unmittelbar repräsentirten reellen und selbst Affectionswerthes handelt, eine subsidiäre, welche dann ausgeschlossen ist, wenn ein auf die gedachte Weise entstandener Verlust nicht vorliegt. Vermag der Empfänger die fraglichen Objecte selbst so wieder zu schaffen, daß ihr Zustand die Annahme einer Verminderung des Vermögens des Absenders ausschließt, so ist damit die Schädenforderung beseitigt und der Absender dürfte kein Interesse haben, dem ihm aus der unbestellten Zusendung der Waaren zunächst erwachsenen Rückforderungs-Rechte eine Ersatzforderung zu substituiren. Von selbst leuchtet hierbei

ein, daß, da der Empfänger vom Momente der Anmaßung, in Folge seiner eigenmächtigen Handlungsweise, auch den Zufall rücksichtlich der Waaren zu tragen hat, bei der Wiederherbeischaffung derselben inmittelst zufällig eingetretene Verschlechterungen ihm zur Last fallen und also das Recht zur Rückgabe in natura ausschließen. Etwaige auf die wieder herbeigeschafften Waaren verwendete Meliorationen werden nach den allgemeinen Rechtsregeln über die in fremde Sachen verwendeten Impensen bei Beurtheilung der Rechte des Empfängers zu betrachten sein. Sollte in Folge der Anmaßung, außer Entziehung des durch die Sachen unmittelbar repräsentirten Werthes, dem Absender noch weiterer Schaden erwachsen sein, so bleibt bei erfolgter Rückgabe der Waaren hierfür der Empfänger aus den diese mittelbaren Schäden hervorrufenden Thatsachen separat verhaftet; wie er denn auch natürlich die Folgen eines etwa eingetretenen Verzuges rücksichtlich der Rückgabe der Waaren, nach den Regeln der mora auf sich zu nehmen hat. Im Uebrigen folgt aus der rechtlichen Natur fungibler Sachen, daß wenn dieselben als solche Gegenstand der Zusendung gewesen sind, der Empfänger immer durch Restitution des tantundem das angemaßte Quantum, dem vom Letztern repräsentirten Werthe nach, ersetzen kann.

Man könnte hier vielleicht noch sagen: der Empfänger habe dadurch, daß er sich der Waaren, welche ihm zum kaufen überschickt worden, angemaßt, auch erklärt, daß er sie kaufe, und er müsse somit einen Kaufpreis gewähren der, bei unterbliebener Vereinigung mit dem Absender, durch Sachverständige zu normiren sei. Die Frage ist von großem Interesse; denn einmal können die Schäden des Absenders weit höher sein, als der von Sachverständigen zu ermittelnde Kaufpreis und sodann ist es für den Empfänger ein bedeutender Unter-

schied, ob ihm gegenüber zuförderst eine gehörige Quantificirung und Nachweisung der Schäden zu erfolgen hat oder ob er sich ohne Weiteres dem Ermessen Sachverständiger unterwerfen und die besonderen Verpflichtungen eines Abkäufers übernehmen muß. Ich glaube jedoch es ist die angeregte Frage zu verneinen. Der Absender, welcher die unbestellten Waaren ohne Preisbestimmung zum kaufen zugesendet, kann zunächst nur von der Voraussetzung ausgehen, daß über die Preise zwischen ihm und dem Empfänger eine Vereinbarung zu Stande kommen werde. Verwirklicht sich diese Voraussetzung nicht, so hat, wenn man das Verhältniß auf seine einfachen Grundlagen zurückführt, der Absender die Waaren vom Empfänger zurück zu verlangen; hätte sich der Letztere durch seine Schuld außer Stand gesetzt, diese Zurückgabe zu bewirken, so haben die über die Vertretung von Verschuldung geltenden Rechtsgrundsätze Platz zu ergreifen d. h. es muß Schadenersatz geleistet werden. Wie man statt dessen auf einen durch Sachverständige zu bemessenden Kaufpreis kommen könne, ist mir nicht deutlich.*) Eine Verschuldung Seiten des Empfängers liegt aber allemal vor, wenn er ohne mit dem Absender wegen der Preise Richtigkeit getroffen zu haben, sich der Waaren anmaßt, denn er verfügt dann einseitig

*) Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn die Waaren auf Bestellung dem Empfänger übersendet worden sind und die Interessenten nur unterlassen haben, über die Höhe des Preises etwas festzustellen. Hier treten in letzterer Beziehung, bei unterbleibender Vereinigung der Parteien, Sachverständige ein, denn es liegt dann einer von den höchst singulären Fällen vor, für welche die Interessenten stillschweigend die Feststellung des Preises jenen dritten Personen überlassen haben. Vergl. L. 15. C. de contrah. emt. IV. 38. Verb. mit L. 22. D. de praescript. verb. et in fact. action. XIX. 5. u. §. 1. I. de emt. et vend. III. 24. §. 1. I. de locat. et cond. III. 25.

und willkürlich über fremde Vermögensobjecte. Durch eine solche Handlungsweise geht der Empfänger thatsächlich nicht auf die Voraussetzung des Absenders: daß er, der Empfänger, dadurch kaufe, ein, denn diese Voraussetzung läßt sich bei dem Absender noch gar nicht annehmen; es tritt vielmehr die Voraussetzung des Letzteren: daß der Empfänger sein Verfahren durch Ersatzleistung vertreten werde, in Kraft. In dieser Richtung nur läßt sich hier mit Grund Rechtens die Intention der Betheiligten suchen. Man kann hier auch nicht einhalten, daß sich der Empfänger über die Entscheidung durch Sachverständige nicht beklagen dürfe, da er eben eigenmächtig gehandelt habe; denn abgesehen davon, daß dies mehr ein Billigkeitsgrund wäre, so trifft ja auch den Absender der Vorwurf, daß er ohne Preisbestimmung übersendet und dadurch auch seinerseits Gelegenheit zur eingetretenen Verwicklung gegeben hat.

Die Stellung Dessen, der unbestellte Waaren einem Andern zum Kaufe ohne Preisbemerkung zugesendet hat, scheint mir nach dem Bisherigen aus processualischem Standpunkte folgende zu sein.

Der Absender hat zunächst eine Klage auf Rückgabe der Waaren (condictio caussa data c. non secuta, nach Befinden actio negotiorum gestorum oder mandati directa), da die Uebersendung, dem oben Ausgeführten zufolge, nur als eine Offerte anzusehen ist, welche den Gegentheil zu etwas Weiterem noch nicht verpflichtet. Kann der Empfänger in Folge begangener Anmaßung die Waaren in natura nicht schaffen, so löst sich das Recht des Absenders in einen Schädenanspruch auf, dessen Quantificirung im Executionsverfahren erfolgen kann. Will der Absender sofort die Schädenklage er-

heben, so muß er sich darauf stützen, daß die Rückgabe in unversehrtem Zustande durch die Anmaßung des Empfängers unmöglich geworden sei; doch kann sich der Empfänger dadurch, daß er die Waaren unverschlechtert in natura (cum fructibus perceptis et percipiendis) wieder herbeischafft, von der Klage, soweit sie sich auf den Werth der Waaren unmittelbar gründet, befreien. Dieser Fall setzt natürlich allemal einen Irrthum des Klägers bei Fundirung seiner Klage rücksichtlich des Grades der erfolgten Anmaßung voraus. Ebenso kann der Empfänger die auf Rückgabe der Waaren oder auf Schadenersatz erhobene Klage dadurch beseitigen, daß er beweist, wie die von ihm durch Veräußerung, Veränderung oder Vernichtung der Waare vorgenommene Verfügung lediglich im Interesse des Absenders erfolgt sei; in diesem Falle haftet er nur als negotiorum gestor. Somit erscheint es rathsam, daß der Absender, ehe er klagend auftritt, sich vergewissert, ob und wie etwa Seiten des Empfängers über die Waaren verfügt worden sei, um darnach seine Anträge zweckmäßig einzurichten. Im Zweifelsfalle wird es immer am Sichersten sein, die principale Klage auf Rückgabe der Waaren anzustellen und abzuwarten, was der Beklagte ihr entgegenzustellen vermag.

Interessant ist hier auch die Lehre von den Wirkungen theilweise erfolgter Anmaßung. Es entsteht nämlich die Frage: ob, wenn die Anmaßung nur einen Theil der übersendeten Waaren trifft, dann der Absender den gebliebenen Rest in natura zurücknehmen müsse und, was die Vergütung anlangt, dabei nur die wirklich consumirten, veräußerten und ihm sonst durch Anmaßung entzogenen Sachen und Quantitäten in Anschlag bringen dürfe, oder ob er bei theilweise Statt gehabter Anmaßung sofort seine Schädenansprüche nach der ganzen übersendeten Anzahl quantificiren

und die Rücknahme des noch vorhandenen Restes verweigern könne.

Auch hier scheinen mir lediglich factische Momente entscheidend zu sein. Es ist oben nachgewiesen worden, daß der Absender, selbst nach erfolgter Anmaßung des Empfängers, von diesem die Waaren wieder zurücknehmen müsse, ohne wegen des Werthes einen Schädenanspruch formiren zu können, dafern die Waaren in unverschlechtertem Zustande sich befinden, weil alsdann ein rechtliches Interesse des Absenders nicht denkbar, wornach er statt der von ihm selbst aus eigenem Antriebe ausgesendeten Waaren einen Geldwerth für dieselben beanspruchen könne. Sollen aber die Waaren nur zum Theil restituirt werden, so ist allerdings ein Interesse des Absenders dann rechtlich denkbar, wenn der ihm zurückzugebende Rest nicht als ein für sich bestehender Complex von Vermögens-Objecten, sondern nur als Theil der versendeten Totalität von Waaren erscheint. Denn es ist klar, daß der Theil einen geringern Werth hat als das Ganze, und man wird denjenigen, welcher ein Recht auf das Ganze hat, mit Grund Rechtens nie zwingen können einen Theil dafür zu nehmen und wegen des Restes die Last und den unsichern Erfolg einer verwickelten und vielfach bestreitbaren antheiligen Ausrechnung seiner Schäden auf sich zu nehmen. Daher hat der Absender das Recht sofort vollen Ersatz für alle übersendete Waaren zu fordern, wenn auch nur ein Theil derselben Gegenstand der Anmaßung gewesen ist. Es kommt aber hier auf die richtige Bestimmung des Begriffes Theil an. Nicht die Einheit des Actes der Zusendung macht hier die übersendeten Waaren zu einem Ganzen; es wird an sich mir Jeder zugeben, daß, wenn mir Jagdflinte, Jagdtasche und Pulverhorn zum Kaufe unbestellt und ohne Preisbestimmung zugesendet werden, und ich die Jagdtasche zum Gebrauche für mich

besonders verändern und herrichten lasse, ich mich dadurch der mit übersendeten Flinte und des Pulverhorns nicht anmaße, und daß ich also zwar wegen der Jagdtasche zum Ersatze verhaftet bin, daneben aber gewiß Flinte und Pulverhorn unversehrt in natura zurückgeben kann, ohne mich weiteren Ansprüchen auszusetzen. Man wird hier an sich nicht davon ausgehen können, daß die Jagdtasche einen Theil der übersendeten Waaren im eigentlichen Sinne bilde; sie ist vielmehr als eine Sache für sich anzusehen. — Um die Frage zu lösen, ob die Objecte, welche der Anmaßung unterlegen, zwischen Absender und Empfänger als Sachen für sich, oder nur als Theil der ganzen Sendung anzusehen seien, muß man stets im einzelnen Falle die dem Empfänger erklärte oder sonst klar erkennbare Absicht des Absenders zu Grunde legen. Hatte dieser die Intention, die ganze übersendete Zahl, oder Parthie als ein Ganzes, als Gütercomplex verkaufen zu wollen ausgedrückt, so trifft die Anmaßung auch nur einzelner Gegenstände, das ganze Rechtsverhältniß, da das in der Anmaßung liegende eigenmächtige Verfahren zu Gunsten des Empfängers nicht ausgelegt werden darf und er sich daher nicht entbrechen kann, den ihm bei der Anmaßung bekannten Willen des Absenders als Norm anzuerkennen. Die einzelnen Objecte, auf welche sich die Anmaßung erstreckt hat, erscheinen dann nur als Theile des Complexes, welchen der Absender im Ganzen veräußern wollte (auch wenn jene Sachen sonst gewöhnlich als für sich bestehend im Verkehre vorzukommen pflegen), und daher darf dann der Absender nicht für gezwungen erachtet werden, wenn es zur Geltendmachung seiner Ansprüche kommt, mit einem Theile seiner Sendung in natura zufrieden zu sein und wegen des Restes die Ausführung von Schäden zu unternehmen. Der Empfänger ist in einem solchen Falle seinem Zusender ge-

genüber eben nicht im Stande, das zurück zu gewähren, was er erhalten, denn dadurch, daß ein oder mehrere Objecte fehlen, welche zwischen den Interessenten als Theil des übersendeten Mehrbetrages gelten müssen, wird die Geltung und das Verhältniß des Restes zum Vermögen des Absenders vollkommen verändert und da derselbe nicht gezwungen werden kann, dem von ihm Gelieferten etwas Anderes substituiren zu lassen, so folgt, daß er die theilweise zu bewirkende Rücknahme ablehnen, und für das Ganze seine Schädenansprüche verfolgen kann. Dies wird also immer vorliegen, bei beabsichtigten Parthie-Verkäufen, bei Verkäufen in Bausch und Bogen, Ramsch-Verkäufen und dergl.

Ging dagegen die erklärte Absicht des Verkäufers dahin, die einzelnen Sachen oder verschiedene einzelne Sachen zusammen als Einzelnheiten zu verkaufen, so liegt nicht objectiv **ein** beabsichtigter Verkauf sondern es liegen soviel einzelne Verkaufsofferten vor, als Einzelnheiten vorhanden sind. In solchem Falle kann natürlich die Anmaßung von dem einen selbstständigen Verkaufsobjecte nicht auf das andere von selbst wirken und gilt dann die Regel, daß so viel, als angemaßt worden, zu ersetzen, im Uebrigen aber die Rückgabe in natura dem Empfänger frei steht.

Freilich hat der Absender, welcher aus der Anmaßung gegen den Empfänger Rechte ableiten will, die Beweislast, ob und inwieweit seine Intention auf Verkauf im Ganzen oder auf Verkauf der einzelnen Objecte, als Einzelheiten, gerichtet und erklärt gewesen, auf sich zu nehmen, mag er nun diesen Beweis (wie dies wohl die Regel bilden wird) durch die Natur der Sache oder durch Präsumtionen (tacite declarata voluntas, praesumta voluntas) d. h. durch sein ganzes Verfahren bei der Zusendung und die Beschaffenheit der übersendeten Objecte,

oder mag er ihn in Folge ausdrücklicher Willenserklärung zu führen suchen. Sehr häufig wird im bestimmten Falle diese Beweisführung ihre großen Schwierigkeiten haben. Leichter gestaltet sich dieser Beweis, wenn die Waaren mit bestimmter Preisbemerkung zugesendet worden sind, indem dann nach der Natur des Kaufes so viel, als einzelne Waaren, beziehendlich Waarenquantitäten, mit selbstständiger Preisbemerkung vorliegen, auch ebensoviel proponirte einzelne Verkäufe, von denen jeder für sich allein steht und fällt, angenommen werden müssen (vergl. unten S. 63).

II.

Der zweite in Betracht kommende Fall ist der, daß die Waaren zum kaufen und unter Bestimmung des Preises (z. B. mit Verkaufsrechnung, Preisnote, oder Waaren, deren Verkaufspreis durch obrigkeitliche Taxe regulirt ist,) zugesendet worden. Hier liegt die Möglichkeit, daß durch das Verhalten des Empfängers ein Kauf zu Stande komme, Letzterer also die festgesetzten Preise zu bezahlen, der Absender dafür die Waaren zu überlassen habe, sehr nahe. Es ist von Seiten des Absenders die vollständige Verkaufsofferte vorhanden (Angebot bestimmter Waare für bestimmten Preis) und es kommt nach den oben gedachten Sätzen nur darauf an, ob im Verhalten des Empfängers eine auf Beides sich erstreckende Einwilligung erblickt werden könne, um die Annahme zu rechtfertigen, daß der Handel zum Abschluß gekommen sei.

Es ist daher zuförderst festzustellen, welche Handlungsweise des Empfängers eine stillschweigende oder wenigstens präsumtive Acceptation des ihm angebotenen Kaufgeschäftes enthalte; mit anderen Worten: durch welches Verhalten des Empfängers

das durch die Zusendung der Waaren entstandene allgemeinere Rechtsverhältniß speciell in den Kaufcontract übergehe. Es bedarf dabei keiner besonderen Erläuterung, daß hier der Fall, wenn der Empfänger mit ausdrücklichen Worten in die Offerte einwilligt und somit den Kauf ausdrücklich abschließt, eben so wenig zu besprechen ist, wie der entgegengesetzte Fall, wenn der Adressat von seinem Rechte Gebrauch macht und die Annahme der unbestellten Waaren verweigert, oder sie mit der dem Absender sofort gemachten Eröffnung aufnimmt, daß er die Waaren lediglich zur Verfügung des Absenders lagere (Stellung zur Disposition). Denn hierbei kann allenthalben über die rechtliche Beurtheilung weiter kein Zweifel sein und insbesondere erscheint es ganz unzweifelhaft, daß die bei der Annahme der unbestellten Waaren sofort erklärte Stellung zur Disposition die Folgerung, als willige der Empfänger in den offerirten Kauf, logisch und rechtlich ausschließt, den Empfänger vielmehr nur als die Aufbewahrung der Waaren übernehmenden Beauftragten des Absenders erscheinen läßt. (Vergl. S. 13.)

Ferner bietet auch der Fall hier keine besondere Schwierigkeit, wenn der Empfänger sofort nach Empfang der Waaren den dafür verlangten Preis dem Absender zusendet; denn durch diese Handlungsweise antwortet der Empfänger auf das in der Offerte des Absenders liegende Verlangen mit der Erfüllung des Letzteren, und es läßt dieses Verfahren, wenn man der gesunden Vernunft keine Gewalt anthun will, nur die Deutung zu, daß der Empfänger den ihm angebotenen Handel auch seinerseits vollzogen und somit genehmigt haben wolle. Diese Genehmigung ist hier logisch und factisch so untrennbar mit dem Verhalten des Empfängers verbunden, daß man sagen muß: es fällt Abschluß und Erfüllung

des Geschäftes in einen und denselben Moment zusammen, der Empfänger nimmt recht eigentlich stillschweigend die Stelle des Käufers ein. In dessen Folge hat er nun auch im Uebrigen alle Rechte und Pflichten eines Abkäufers und hat, was insbesondere etwaige Fehler und Mängel der Waaren anlangt, sich hiergegen mit den im Civilrecht und namentlich durch das Edict der Aedilen eingeführten Rechtsmitteln, die auf ihn wie auf jeden andern Käufer Anwendung leiden, zu schützen.

Eine genauere Erörterung verlangt jedoch hier die Frage, ob allein schon im Stillschweigen des Empfängers, nachdem er die Waaren bei sich aufgenommen, also in der von mir sogenannten stillschweigenden Annahme, ohne bewirkte Bezahlung, eine Einwilligung in den Kauf liege, und hieraus eine Verpflichtung zu Bezahlung des Kaufpreises abgeleitet werden könne? Bei dem großen Eifer, mit welchem man, um im einzelnen Falle einen Vortheil aus dem Stillschweigen des Andern abzuleiten, dieses Stillschweigen als Zeichen des Einverständnisses mit dem Geschehenen und dessen Folge zu betrachten und den Satz „qui tacet consentit" als ganz allgemeine und unbeschränkte Rechtsregel zu proclamiren geneigt ist, wird die hier aufgeworfene Frage häufig ohne Weiteres bejaht; ja es haben sich wie Heyne in der oft erwähnten Dissertation §. 18 pag. 71 sqq. nachweist, namhafte Juristen diesen bejahenden Meinung angeschlossen. Es scheint mit großem Unrecht. Bei Vertheidigung dieser Ansicht wird theils von einem allgemeinen psychologischen Satze ausgegangen, theils auf bestimmte positive Gesetzstellen, aus denen jene ganz allgemeine Regel folgen soll, hingewiesen. In ersterer Beziehung stellt man auf: daß, wer stillschweigend eine Handlung geschehen läßt, von der er weiß, daß sie zu seinem Vortheile oder

zu seinem Nachtheile gereiche, durch sein Stillschweigen sein Einverständniß mit dieser Handlung an den Tag lege, weil es in der Menschen-Natur liege, einen Vortheil sich gefallen zu lassen, einem Nachtheile aber zu widerstreiten. Das Unrichtige dieser Argumentation hat Heyne am nurangeführten Orte ausdrücklich nachgewiesen (pag. 49); denn wenn das Stillschweigen als natürlicher Ausdruck der vorausgesetzten Willensrichtung gelten soll, so kann man folgerichtig nur annehmen, daß es beim unzweifelhaften Vortheil zwar Billigung und Anerkennung, bei einer Handlung aber, deren Einfluß auf den Vortheil des Betroffenen zweifelhaft, weder Zustimmung noch Ablehnung, bei einem offenbaren Nachtheil endlich Mißbilligung und Widerspruch bedeute, und so wäre von jenem allgemeinen psychologischen Standpunkte aus mit der Behauptung: qui tacet consentit nur so viel gewonnen, daß Stillschweigen die Acceptation eines dem Schweigenden bereiteten zweifellosen Vortheiles anzeigt. Allein hierher gehörige Fälle sind theils nicht allzuhäufig, theils werden sie nicht leicht streitig. Häufiger hat die richterliche Entscheidung da einzutreten, wo Jemand zu einer Handlung eines Dritten geschwiegen hat, deren Folgen von vornherein nicht klar zu Tage lagen. In dieser Beziehung ist aus dem angedeuteten allgemeinen Standpunkte zu gar keinem Resultate zu gelangen.

Es fragt sich also, was die positiven Gesetzesvorschriften sagen. Hier ist zunächst eine Reihe von Stellen zu betrachten, die man hierher zu ziehen versucht werden könnte. Es sind dies folgende:

1) L. 7. §. 1. D. de sponsalibus (XXIII. 1.) und L. 5 C. de nupt. (V. 4.) wo gesagt wird, daß ein Vater, welcher beim Verlöbniß seiner Tochter, beziehendlich zur Ehe

seines Sohnes still schweigt, als einwilligend angesehen wird.

2) L. 2. pr. D. ad municip. (L. 1.) wo ausgesprochen ist, daß der Vater, welcher die Ernennung seines Sohnes zum Decurio einer Stadt weiß, und dazu schweigt, als einwilligend betrachtet wird.

3) L. 5. D. de adoption (I. 7.) wornach die Adoption gültig vorgenommen wird, wenn der zu Adoptirende dabei nicht widerspricht.

4) L. 4. §. 3. D. de fidejussorib. et nominat. (XXVII. 7.) wo angeordnet ist, daß, wenn ein Vormund eine anwesende Person als Bürgen benennt und diese die Eintragung in das Gerichtsprotokoll geschehen läßt, ohne zu widersprechen, hierdurch die Bürgschaft für wirklich übernommen gilt.

5) L. 12. 16. D. ad S. C. Maced. (XIV. 6.) wornach das Schweigen des Vaters zu einem Gelddarlehn, welches der Sohn aufnimmt, als Einwilligung Seiten des Vaters gilt.

6) L. 12. D. de evictionib. (XXI. 2.) wo es heißt: wenn ein Miterbe Grundstücke der Erbschaft verkauft, die übrigen Miterben aber nicht nur gegenwärtig sind, ohne zu widersprechen, sondern auch ihren Theil am Kaufgelde in Empfang nehmen, so sind sie als stillschweigende Verkäufer ihres Antheils zu betrachten.

7) L. 12. pr. D. de sponsalib. (XXIII. 1.) wo die Tochter, welche dazu, daß sie von ihrem Vater verlobt wird, schweigt, für einwilligend angesehen wird.

8) L. 1. ad fin. C. de filiis fam. (X. 60.) wo derselbe Grundsatz ausgesprochen wird, wie in der bei 2) oben angezogenen Pandektenstelle.

9) L. 1. §. 3. 4. D. de agnosc. et alend. liber. (XXV. 3. wornach, wenn eine geschiedene Frau ihrem frühern Manne ihre Schwangerschaft anzeigt, des Letzteren Schweigen als Anerkennung des Kindes gilt.

10) L. 2. §. 2. D. sol. matrim (XXIV. 3.) wornach die Tochter, wenn sie nach Auflösung ihrer Ehe die Rückforderung ihrer dos durch ihren Vater geschehen läßt, mit dieser Rückforderung einverstanden erachtet wird.

11) L. 37. pr. D. ad S. C. Treb. (XXXVI. 1.) wo erklärt wird, es gelte als Restitution eines Fideicommisses, wenn der Fiduciar die einseitige Besitzergreifung des Fideicommissars kennt und dazu schweigt.

12) L. 3. §. 1. D. de tribut. act. (XIV. 4.) wo ausgesprochen wird, daß, wenn der Vater oder Herr dazu, daß der Sohn oder Sclave mit dem Peculium Handelsgeschäfte treibt, schweigt, er (der Schweigende) die (ungünstigere) actio tributoria gegen sich gelten lassen muß.

13) L. 13. §. 11. D. locati (XIX. 2.) eine viel besprochene Stelle, nach welcher der Vermiether, wenn er nach Ablauf der Miethzeit den Abmiether den Gebrauch der Sache stillschweigend fortsetzen läßt, damit den Miethcontract verlängert (tacita relocatio).

14) L. 5. pr. C. de receptis arb. (II. 56) wornach ein Schiedsspruch, wenn die Parteien zehn Tage lang nicht widersprochen haben, auch ohne ausdrückliche Unterwerfung als von denselben gebilligt angesehen wird.

15) L. 19. D. de aqua pluv. (XXXIX. 3.) wo Labeo sagt, daß, wenn eine Anlage auf einem Grundstück dem Nachbar die Gefahr einer Beschädigung durch Regenwasser zuzieht, dieser aber dazu wissentlich schweigt, dieses Stillschweigen als Einwilligung zu betrachten sei.

16) §. 8. I. quib. mod. jus. patr. pot. solv. (I. 12.) und L. ult. C. eod. tit. (VIII. 48.) wo die in der oben unter 3) allegirten Stelle ausgesprochenen Grundsätze ebenfalls enthalten sind.

17) L. 1. C. de remiss. pign. (VIII. 26.) wornach der Gläubiger, welchem ein Sclave verpfändet ist, dadurch, daß er die Freilassung dieses Sclaven wissentlich ohne Widerspruch geschehen läßt, in die Erlöschung seines Pfandrechtes willigt.

18) Nov. 123. Tit. VI. cap. XVII. wornach der Sclave, welcher mit Wissen seines Herrn und ohne dessen Widerspruch die Ordination empfangen hat, als freigeboren angesehen wird.

19) L. 5. §. 10. D. de his qui effud. (IX. 3.) wornach die actio de positis et suspensis auch gegen denjenigen zugelassen wird, welcher das Schaden drohende Aussetzen oder Aufhängen wissentlich zugelassen hat.

20) L. 63. D. de re jud. (XLII. 1.) in welcher Gesetzstelle 3 Fälle aufgeführt werden, wo das wissentliche Schweigen eines Dritten zu einem zwischen andern Personen geführten Processe, gegen den Schweigenden als ihn bindendes Anerkenntniß der Entscheidung des Processes aufgefaßt wird:*)

a) wenn der Pfandgläubiger es geschehen läßt, daß der Verpfänder die Eigenthumsklage wegen des in den Besitz eines Dritten gelangten Pfandobjectes anstellt;

b) wenn ein mit der Eigenthumsklage wegen

*) vergl. v. Savigny, System ꝛc. Band 6. S. 478 ff.

Dotalgegenständen belangter Ehemann dem Schwiegervater oder der Ehefrau die Proceßführung überläßt;

c) wenn der Besitzer einer erkauften Sache, von einem Dritten mit der Eigenthumsklage belangt, den Proceß seinem Verkäufer überläßt.

21) L. 38. §. 1. D. de donat. int. V. et U. (XXIV. 1.) wo gesagt ist, daß wenn ein Ehemann eine ihm und seinen zwei Brüdern gemeinschaftlich gehörige Sache an die Ehefrau verschenkt, die zwei Drittheile, welche die Brüder an der gemeinschaftlichen Sache haben, auf die Ehefrau übergehen: si scissent fratres aut, postquam donata esset, ratum habuissent.

Bei den meisten dieser Stellen fällt die ganz singuläre Natur der Vorschriften und die Unzulässigkeit, dieselben auf andere Fälle ausdehnen und eine Norm daraus bilden zu wollen, sofort in die Augen. Es gilt dies von den unter 1—3. 5. 7—12. 14—19. aufgeführten Vorschriften. Es werden da anerkannt wichtige Familien-Verhältnisse (dos, adoptio), oder die Freiheit, die Legitimität, das Fideicommiß, — alles Institute, die zweifellos in den Rechten vielfach begünstigt sind, — in besonderen Schutz genommen oder im öffentlichen, administrativen Interesse Ausnahmsgesetze hingestellt (wie in den ad no: 15 u. 19. allegirten Stellen); oder es wird dem durch eine sehr weitgehende Gewalt begünstigten Vater oder Herrn, im Interesse des allgemeinen Credits, für bestimmte Fälle eine besondere Vertretungsverbindlichkeit auferlegt, wie bei no: 5 und 12. — Die bei no: 2 erwähnte Vorschrift endlich hat den speciellen Zweck, das odium decurionatus möglichst unschädlich zu machen und die bei no: 14 gedachte Decision Justinians verleiht, zur Förderung der Schiedsgerichte, auch den Sprüchen solcher Schiedsrichter, welche durch bloßes pactum

erwählt sind, eine gewisse, mit dem römischen Klagen-System in Zusammenhang stehende Wirksamkeit.

Daß derartige, für eigenthümliche Verhältnisse geschaffene besondere Vorschriften nicht benutzt werden können, ein Princip daraus zu entwickeln, um die Lösung einer allgemeinen und an sich dunkeln Frage zu vermitteln, bedarf keiner weitern Nachweisung. Als Ausnahmsbestimmungen, nur für die betreffenden Fälle gültig, werden diese hier gedachten Stellen auch ausdrücklich aufgefaßt von Savigny im System 2c. Band 3. §. 132. S. 248 ff. und von Heyne in der mehrerwähnten Dissertation §. 12. pag. 49 sqq. und zwar finden sich die oben bei no: 1—3 und 5 citirten Stellen von beiden Schriftstellern, die von 7 bis mit 12, 14 und 15 aufgeführten von Savigny, und die von 16 bis mit 19 erwähnten von Heyne allein, in dem angedeuteten Sinne besprochen und erklärt.

Die unter no: 4 und 6 gedachten Vorschriften, welche zwar auch als singuläre Bestimmungen von Savigny und Heyne l. l. angesehen werden, beziehen sich auf eine Handlungsweise, die weit mehr enthält, als bloßes Schweigen des durch die Handlung eines Andern Betroffenen.

Denn wer vom Vormunde eines Unmündigen zum Bürgen benannt nicht nur hierzu schweigt, sondern auch geschehen läßt, daß über seine Ernennung ein Gerichtsprotokoll aufgenommen wird, der bekundet, indem er ein gerichtliches Actenstück, durch welches absolute Glaubwürdigkeit des dadurch Bezeugten hergestellt wird, ohne Widerspruch vor sich aufnehmen läßt, hinlänglich die ernste Absicht, das Niedergeschriebene zu erfüllen und gelten zu lassen; ein solcher Bürge ist dann gehalten aus dem Gerichtsprotokolle, und es ist nicht sein Schweigen bei der Ernennung, sondern es ist der hinzutretende von ihm nicht gehinderte

gerichtliche Act, aus welchem seine Verpflichtung sich herleitet.

Ebenso ist es (zu no: 6) beim Verkaufe der Erbschaftsgrundstücke durch einen Miterben. Nicht das Stillschweigen verpflichtet die übrigen Miterben, auch für ihren Theil den Kauf zu halten, sondern die wissentlich bewirkte Annahme des Kaufgeldes; also eine positive Handlung, die logisch und erfahrungsgemäß nicht anders aufgefaßt werden kann, als, daß sie mit dem Verkaufe einverstanden seien.

Was die bei no: 13 aufgeführte L. 13. §. 11. D. locati anlangt, so rechnet auch diese Savigny l. l. zu den Ausnahmsfällen, wo bloßes Stillschweigen als eine Willenserklärung angesehen wird, während Heyne dieser Stelle (dissertat. cit. §. 23. pag. 87.) zwar eine längere Besprechung widmet, dabei aber auf die Frage: ob hier das bloße Schweigen eine Willenserklärung enthalte, nicht eingeht.

Mir scheint auch hier das Schweigen an sich nicht die Grundlage zu sein, aus welcher der Jurist die Einwilligung des Vermiethers in die Prolongation des Miethcontractes ableitet. Es ist ein Contract abgelaufen, in dessen Folge der Vermiether vorher selbst dem Abmiether den Gebrauch der vermietheten Sache eingeräumt hatte. Der Abmiether bleibt aber im bisherigen Verhältnisse und der Vermiether schweigt hierzu. Da läßt sich allerdings aus diesem Verhalten vernünftigerweise und bis zum Beweise des Gegentheils nur des Vermiethers Einwilligung in die Fortsetzung des früheren Contractsverhältnisses folgern; was aber drängt uns diese Schlußfolgerung auf? einmal, daß der Abmiether das begonnene Verhältniß fortsetzt und zwar eben, wie es begonnen worden ist, daß er fortfährt, sich contractgemäß zu bezeigen; nicht jeder beliebige

fernere Gebrauch der vermietheten Sache würde die Annahme einer relocatio begründen; es wird die contractgemäße Fortstellung des Verhältnisses erfordert. Ulpian sagt an unserer Stelle ausdrücklich: remansit in conductione und in L. 16. C. locati (IV. 65.) heißt es ebenso: — et in eadem locatione conductor permanserit. — Sodann aber tritt hinzu, daß der Vermiether selbst das Verhältniß früher gebilligt und eingegangen hat; daß es also seinen Intentionen nicht entgegen zu sein scheint. In solchem Zusammenhange mit den frühern Vorgängen und dem spätern Verhalten des Abmiethers kann das Schweigen des Vermiethers impleto tempore conductionis nicht anders wie als Einwilligung in die Prolongation des Contracts-Verhältnisses betrachtet werden; aber es sind eben nur die zu diesem Schweigen hinzutretenden besondern factischen Verhältnisse, welche es möglich machen, diesem an sich eine bestimmte Willensrichtung nicht darstellenden Schweigen eine positive Deutung zu geben, und es erhellt, daß ein solches exceptionelles Verhältniß nicht benutzt werden darf, eine allgemeine Regel über die rechtliche Wirksamkeit des Stillschweigens zu entwickeln. Die oben unter no: 20 näher bezeichneten Fälle, in denen ein Erkenntniß auch gegen dritte, im Processe unmittelbar nicht stehende Persönlichkeiten rechtliche Wirkung äußert, werden in der Gesetzesstelle selbst als Fälle einer besonderen, durch die singuläre Beziehung des Dritten zur streitigen Frage bedingten Ausnahme aufgefaßt. Es heißt da ausdrücklich von dem Dritten:

> Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur.

Dann, wenn der zunächst zum Processe Berufene sein Recht

von einem Andern ableitet, der zuweilen noch mehr als der Processirende selbst Vortheil oder Nachtheil vom Ausgange des Processes zu erwarten hat, und wenn diesem Andern von dem unmittelbar Berufenen die Proceßführung überlassen wird, bringt das gesprochene Urtheil nun auch jenem zunächst Berufenen, weil derselbe dadurch, daß er seinen auctor in der Sache auftreten ließ, Letztern materiell zu seinem Stellvertreter im Processe gemacht hat, Vortheil und Nachtheil. Auch hier handelt es sich also um eine Ausnahmsbestimmung, die einen Schluß auf eine Regel: qui tacet consentit nicht gestattet.

Ein vierter, in der hier (bei no: 20) besprochenen L. 63 aufgestellter Fall, welchen Heyne dissert. laud. §. 12. pag. 50, als in dieselbe Categorie setzt, wie die bisher erläuterten Fälle, hat, wie v. Savigny, System Band 6, S. 473. not. p. nachweist, eine ganz andere Bedeutung und steht, was auch der Zusammenhang der Stelle lehrt, keineswegs mit den vorher erwähnten, hier besprochenen Verhältnissen, sondern mit dem ganz andere rechtliche Beziehungen erläuternden Schlusse der L. 63 im Zusammenhange. Es heißt in dieser Beziehung: Jeder, welcher für sich Patronats=Rechte über eine dritte Person in Anspruch nimmt, könne an dem über Libertät oder Ingenuität dieses Dritten entstandenen Processe Theil nehmen, in diesen Proceß mit eintreten und sei alsdann die Entscheidung des Processes auch wegen des prätendirten Rechtes dieses Intervenienten Maß gebend.*) Es ist klar, daß hier nicht von einem Schweigen beim Processe Dritter, sondern von einem thätigen Eingreifen des Intervenirenden in diesen Proceß die Rede ist, und daß derjenige, der auf solche Weise Rechte für sich gel=

*) Die Worte der Lex lauten: Nam etsi libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur.

tend macht, auch als Proceß-Partei zu betrachten ist und durch die Entscheidung mit getroffen werden muß. Von einem „tacendo consentire" kann hier gar nicht die Rede sein.

Die letzte Stelle — no: 21 oben — erklärt Heyne in der oft erwähnten Dissertation §. 12. pag. 52 sq. in einer etwas gezwungenen und doch unzureichenden Weise. Er meint, aus dem Umstande, daß die Ratihabition dem „scire" entgegengesetzt werde, gehe hervor, daß hinter dem Worte „scissent" zu suppliren sei: „et consensissent". Es entspreche nämlich die nachträgliche Einwilligung (Ratihabition) der beim Geschäfte selbst interponirten zustimmenden Willenserklärung, und habe nur der Jurist, da er in der fraglichen Stelle nicht eigentlich vom stillschweigenden Willen, sondern in der Hauptsache von der Gültigkeit einer Schenkung handle, unterlassen zu bemerken, daß auch die das Geschäft begleitende Einwilligung, wie jede Einwilligung, ausdrücklich erklärt oder aus besondern factischen Momenten zu folgern (eine stillschweigende oder präsumtive) sein müsse; es werde aber durch den Gegensatz des „ratum habere" hinreichend bezeichnet, daß lediglich das „Wissen" und „Schweigen" (das scire) nicht ausreiche, sondern daß zu diesem scire noch ein factum concludens hinzutreten müsse, um den consensus darzulegen.

Ich kann jedoch nicht einsehen, warum hinter dem „scissent" nothwendig das „et consensissent" zu ergänzen und erst dieses „consensissent" so zu verstehen sein sollte, daß es auf die tacite declarata oder praesumta voluntas zu beziehen sei; abgesehen davon, daß die Hineintragung der Worte „et consensissent" den anerkannten Lesarten gegenüber etwas sehr Gewagtes haben möchte, so finde ich in der Heyneschen Erklärung auch eine petitio principii. Warum soll es sich denn, wenn zwei Brüder es stillschweigend geschehen lassen, daß ein

dritter Bruder seiner Gattin eine sämmtlichen Brüdern gemeinschaftliche Sache schenkt, noch um einen besonders erklärten oder aus ferneren concludenten Handlungen abzuleitenden Consens handeln? warum will man denn nicht gerade schon darinnen,

daß die Brüder zur Verfügung ihres Bruders wissentlich schweigen

einen solchen Umstand erblicken, aus welchem ihre Einwilligung zu jener Verfügung gefolgert wird, so, daß hier der Consensus im scire liegt? Die einfache Auffassung der Sache führt wohl unbedingt zu dieser Ansicht. Damit aber ist keineswegs für die Annahme einer allgemeinen Regel: daß Stillschweigen Einwilligung bedeute, etwas gewonnen. Man muß bedenken, daß es Brüder sind, deren Einwilligung, zu Gunsten der Schwägerin, bei einer Handlung ihres Bruders aus dem Stillschweigen abgeleitet wird. Die Glosse sagt zu dieser Stelle ganz klar:

„ita scientia praejudicat circa amissionem dominii, quoniam praesumitur eos voluisse donare affinitatis ratione, sicut praesumitur remissio fideicommissi sanguinis necessitudine"

und hierbei wird verwiesen auf L. 26. D. de probat. (XXII. 3.) wo angenommen wird, daß eine Schwester ihrem Bruder das vom Letzteren zu restituirende Fideicommiß erlassen habe, wenn sie bei Lebzeiten des Bruders wiederholte Gelegenheiten, ihre Forderung compensando geltend zu machen, unbenutzt hat vorübergehen lassen. Von letzterer Stelle und von L. 17. §. 1. D. de usuris (XXII. 1.) bemerkt v. Savigny im „System" Bd. 4. S. 128. §. 158. not. g. indem er das in denselben vorwaltende Motiv würdigt ausdrücklich:

„Mit Unrecht hat man aus diesen blos casuistischen

Stellen Rechtsregeln ableiten, oder andere Rechtsregeln widerlegen wollen."

Und so nehme ich keinen Anstand den Sinn der letzten oben bei no: 21 aufgeführten Stelle dahin auszudrücken, daß für den dort erwähnten singulären Fall, aus dem Stillschweigen der Brüder, ausnahmsweise, in Beachtung der einschlagenden nahen verwandtschaftlichen Verhältnisse, eine Einwilligung in die stattgehabte Veräußerung gefolgert wird, welche Folgerung, wie an sich klar ist, ein Anhalten für Ableitung einer allgemeinen Regel nicht giebt.

Sonach wäre durch die bisher erörterten positiven Gesetzesvorschriften auf die ganz unbeschränkte Regel: qui tacet consentit überhaupt gar nicht zu kommen, insbesondere auch nicht in Bezug auf dem Schweigenden entschieden vortheilhafte Handlungen oder in Bezug auf solche Handlungen Dritter, deren Wirkung von vorn herein zweifelhaft für den Vortheil des Schweigenden ist.

Zu einem andern Resultate gelangt man aber durch Betrachtung folgender von Heyne, dissert. laud. §. 12. pag. 53 sqq. zusammengetragener Stellen.

a) L. 6. §. 2. D. mandati v. c. (XVII. 1.) „Si passus sim aliquem pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio."

b) L. 18. D. eod. tit. „Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur."

c) L. 53. D. eod. tit. „Qui fide alterius pro alio fidejussit praesente et non recusante, utrosque habet obligatos jure mandati."

d) L. 60. D. de reg. jur. (L. 17.) „Semper qui non

probibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione.''

e) L. 6. C. mandati v. c. (IV. 35.) ,,Si fidejussor pro reo patiente fidem suam adstrinxerit, mandati cum eo post exsolutam pecuniam vel factam condemnationem, potest actionem exercere. *)

Diese Stellen sprechen nun allerdings unzweifelhaft den Grundsatz aus, daß, wer stillschweigend die Intercession eines Andern für sich hat geschehen lassen, ebenso verbindlich erachtet wird, als habe er zu dieser Intercession ausdrücklichen Auftrag ertheilt. Hier wird also aus dem Stillschweigen geradezu auf den Willen, daß die Handlung, zu welcher geschwiegen worden (die Intercession), hat vorgenommen werden sollen, geschlossen, und es liegt eine wirkliche praesumta voluntas vor. Daß es nur präsumtiver und nicht eigentlich stillschweigend erklärter Wille sei, den die römischen Juristen hier statuiren, geht theils aus den Worten mandare intelligitur, mandare creditur, theils aus der unter a) aufgeführten Stelle, in welcher besondere Umstände erwähnt werden, unter denen das Stillschweigen des Schuldners nicht als Auftrag erscheinen soll, klar hervor.

Heyne faßt nun diese Stellen a. a. O., wie mir scheint mit großem Rechte, als die Folge eines allgemeinen Principes auf. Er geht von der bei den neueren Civilisten **) als zweifellos hin-

*) Man kann hier noch, wegen des daraus zu entnehmenden argumenti e contrario:

f) L. 40. D. mandati v. c. ,,Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est''

anfügen.

**) v. Wächter, Beiträge zu der Lehre von der negot. gestio. Archiv

gestellten Ansicht aus, daß nur Derjenige mit der actio negotiorum gestorum contraria Schadloshaltung wegen der bei Führung einer fremden Angelegenheit ihm erwachsenen Kosten und sonstigen Lasten zu fordern hat, welcher, um Schaden vom dominus negotii abzuwenden, sich der Geschäftsführung unterzog, so, daß also letztere eine nothwendige genannt werden kann, oder welcher, wenn die Geschäftsführung nicht nothwendig im gedachten Sinne, wenigstens wirklichen Nutzen des Geschäftsherrn erreichte. Hätte also Jemand unnöthiger Weise sich in fremde Geschäfte gemischt und dabei nicht einmal den Nutzen des Geschäftsherrn befördert, so würde er an sich nie Ersatz seiner ihm bei der Geschäftsführung erwachsenen Schäden und Kosten fordern können. Diese im unverkennbaren Interesse des Verkehrs aufgestellte Regel wird nun durch das den letztgedachten Stellen zu Grunde liegende Princip zweckmäßig und ganz in Einklang mit einer der Grundideen des römischen Rechtes modificirt; worauf auch besonders die in der Note ad f) hinzugefügte Stelle hindeutet.

Hätte nämlich der Geschäftsherr es gewußt, daß ein Anderer sich seiner, des Geschäftsherrn, Angelegenheit, um sein, des Geschäftsherrn, Interesse zu fördern, annehme, und hätte er diese Geschäftsführung stillschweigend geschehen lassen, so wird er dem Geschäftsführer pflichtig zum Ersatz wegen der gehabten Auslagen und übernommenen Lasten, auch wenn die Geschäftsführung keine nothwendige gewesen und ein Nutzen für den Geschäftsherrn nicht wirklich erreicht worden; es wird aus dem schweigenden Geschehen lassen ein Auftrag zur Führung des Geschäftes

für Civil-Praxis Bd. 20. S. 338 fg. Puchta Pandekten, Leipzig 1845. §. 327. S. 458. v. Vangerow, Leitfaden ꝛc. Marburg und Leipzig 1847. Bd. 3. S. 484. §. 664. 3.

abgeleitet. Hiermit wird offenbar der aequitas und der bona fides praktische Folge gegeben. Wer ruhig zusieht, daß ein Anderer Zeit, Mühe und Kosten aufwendet, um seine, des Zusehenden, Angelegenheit zu fördern und demselben nachher mit der Erklärung, es sei unnöthig und ohne nützlichen Erfolg gewesen, jeden Anspruch wegen gehabter Verläge und übernommener Lasten abschneidet, der handelt, wenn auch im strengen Rechte, so doch gegen jede Billigkeit und gegen den obersten Grundsatz: honeste vivere. Hier nun sind die römischen Juristen und der Kaiser Gordian, von dem die L. 6. C. mandati v. c. herrührt, ausgleichend und vermittelnd eingetreten. — Indem sie den generellen Satz festhielten:

> daß wer ohne Auftrag zu ertheilen die Förderung seiner Interessen wissentlich einem Andern überlasse, hierdurch auch seine Einwilligung zu dieser Geschäftsführung erkläre und darnach ebenso, als habe er Auftrag ertheilt, gehalten werde,

erhoben sie Dasjenige zum praktischen Rechtssatze, was Billigkeit und Ehrenhaftigkeit als einzig richtige Deutung des Schweigens des Geschäftsherrn unter den angegebenen Umständen annehmen lassen, und gelangten so in den oben aufgeführten Fällen der Intercession zu dem Resultate, daß der Schuldner, der wissentlich geschehen läßt, daß ein Anderer für ihn in die Verbindlichkeit eintritt, den Intercedirenden entschädigen muß, als hätte er ihn mit der Intercession beauftragt. Man erkennt also hier wirklich ein Princip: daß Stillschweigen eine Einwilligung enthält, aber mit der Beschränkung, daß dieser Satz dann gilt, wenn Jemand wissentlich dazu schweigt, daß ein Anderer, unbeauftragt, in seinem, des Schweigenden, Interesse thätig ist, zum Vortheile des Schweigenden zu handeln unternimmt.

Es unterscheidet sich dieser Satz wesentlich von dem oben vom logischen und psychologischen Standpunkte aus aufgestellten ganz allgemeinen Grundsatze; denn während Letzterer nur darauf hindeutet, daß ein durch die Handlung eines Andern gebotener unzweifelhafter Vortheil beim Schweigen des Betheiligten für angenommen zu erachten sei, stellt das zuletzt entwickelte Princip fest, daß auch das wissentliche Schweigen zu einer auf den Vortheil des Schweigenden nur gerichteten Handlung — gleichviel ob dieser Vortheil auch erreicht wird — als Einwilligung des Betheiligten gelten muß. Auch die in den Stellen a) — e) enthaltenen Beispiele der Anwendung nur gedachten Principes bestätigen diese Auffassung, denn eine Intercession wird zwar stets auf den Vortheil desjenigen, für welchen intercedirt wird, gerichtet sein; ob aber dieser Vortheil wirklich eintritt, hängt noch davon ab, ob im einzelnen Falle der Schuldner auch wirklich ein Interesse daran hat, daß seine Schuld durch Zahlung des Intercedenten für ihn abgemacht werde und ob Seiten des Letztern die Zahlung auch so erfolgt, daß der Schuldner wirklich liberirt wird. Busse, in der Dissertation de ratihabitione Lips. 1834, nimmt zwar an, daß die vorstehend unter a) — e) allegirten Gesetzesstellen nur einzeln dastehende, lediglich auf den Fall der Intercession sich beziehende Ausnahmsbestimmungen enthalten und daher einer Ausdehnung nicht fähig seien. Gleiches deutet auch v. Savigny im „System" Bd. 3. §. 132. S. 251. rücksichtlich der L. 6. §. 2. D. mandati und der L. 60. D. de R. I. an. Allein ich kann dieser Meinung für die hier vorliegende Frage kein Gewicht beilegen. Das angedeutete Princip wird, meiner Ansicht nach, nicht erst gewonnen durch Abstraction aus den betreffenden Gesetzstellen, sondern es liegt — als eine allgemeinere Rechtspräsumtion — auch den in jenen Stellen enthaltenen Vorschrif-

ten zu Grunde; jene Stellen sind Ausflüsse des oben gedachten weiteren Principes. Diese Annahme aber scheint gerechtfertigt, wenn man erwägt, daß schon die Einreihung der fraglichen Stellen in die Titel: mandati v. c. und de regulis juris darauf hindeuten dürfte, daß in ihnen einem allgemeineren, auf die Natur des Mandatscontractes überhaupt sich beziehenden Grundsatze Folge gegeben sei. Ein weit gewichtigeres Moment ergiebt sich jedoch, wenn man nach der leitenden Idee bei jenen Vorschriften fragt. Weist etwa die Annahme, daß es sich nur um besondere, für die Intercession aufgestellte Bestimmungen handle, darauf hin, daß gerade ein Auftrag des stillschweigenden Schuldners, für ihn zu intercediren, vorhanden sein müsse? — gewiß nicht. Hätte es gegolten, lediglich zur Begünstigung der Intercessionen, eine Ersatzpflicht des Schuldners in den angedeuteten einzelnen Fällen festzusetzen, so genügte es, dies unmittelbar auszusprechen und die Klagbarkeit, dem römischen Actionen-System gemäß, durch eine utilis actio zu sichern. Es wäre dieser Weg auch, dem jenem System zu Grunde liegenden Entwicklungsgange gemäß, der alleinige gewesen, welcher zum rechtlichen Schutze derartiger singulärer Ansprüche einzuschlagen gewesen wäre.*) Allein die Annahme, daß der Schuldner aus einem Mandate verpflichtet werde, die unzweifelhaften Worte der Gesetze, nach welchen dem Intercedenten gerade die actio mandati eingeräumt wird, also die Zurückführung der betreffenden speciellen Beziehungen auf ein allgemeineres Rechtsverhältniß, deuten an, daß man die ganze Frage auch aus einem allgemeineren Gesichtspunkte auffaßte und im Stillschweigen des Schuldners unter den in unsern Stellen bemerkten Umständen überhaupt ein con-

*) v. Savigny, „System" §. 217. Bd. 5. S. 94.

cludentes Factum erblickte, aus welchem nach den allgemeineren Principien über einen vermutheten Auftrag seine Verbindlichkeit abgeleitet wird.

Wichtig ist hier auch die von Heyne l. l. pag. 125. §. 32. angezogene L. 22. §. 10. D. mandati v. c.:

„Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius, Ofilius, Labeo responderunt, his, qui praesentes fuerunt, competere adversus eum mandati actionem, his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse."

Dieser Stelle scheint genau dasselbe allgemeine Princip zu Grunde zu liegen, welches die oben unter a—f aufgeführten Vorschriften veranlaßt hat, und mir mindestens zu beweisen, daß diese letzteren Vorschriften, der zu ihnen führenden Idee nach, nicht isolirt dastehen und aufzufassen sind.

Endlich ist hier noch darauf zu verweisen, daß Bartolus zur oben aufgeführten L. 6. §. 2. D. mandati v. c. bemerkt:

„Qui patitur, aliquid facere, quod ad sui commodum spectat, mandare videtur: et sic mandati tenetur."

Bartolus stellt also zweifellos das geltend gemachte allgemeinere Princip als vorhanden hin und ich möchte diese Autorität für gewichtig genug halten, um, im Hinblick auf die im Uebrigen einschlagenden Erwägungen, ihr beizutreten.

Wäre so die Wirksamkeit der Worte: „Qui tacet consentit" auf ihr wahres Maß zurückgeführt, so bliebe, um die Sache zu erschöpfen, nur noch übrig, auf den Ursprung dieser angeblichen Fundamental-Regel einzugehen. Sie stammt aus einer ungenauen Auffassung eines Ausspruches des Canonischen Rechtes in C. 43. de R. I. in VI. wo gesagt ist: „Qui

tacet consentire videtur.“ Also nicht: qui tacet consentit heißt es, sondern nur: — consentire videtur und hierauf weist Heyne l. l. §. 9. pag. 39 nachdrücklich hin. Im Uebrigen genügt es auf das sich zu beziehen, was v. Savigny im „System“ Bd. 3. §. 132. ad a. S. 248 eben so kurz als schlagend bemerkt. Durch die fraglichen Worte soll, dem römischen Rechte gegenüber, keine neue Regel eingeführt, sondern es soll nur auf die bestehenden (oben unter no: 1—21 und a—f zusammengestellten) Ausnahmen von dem allgemeinen Satze: daß Schweigen an sich keine Willenserklärung enthält, hingewiesen werden; daher das ,,videtur;“ v. Savigny macht hierbei namentlich darauf aufmerksam, daß, unmittelbar hinter der hier betrachteten Stelle, sich die L. 142. D. de R. I. (L. 17.) als C. 44. de R. I. in VI. aufgenommen findet, wo gesagt ist:

> ,,Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare,“

welcher Satz nur die oben gedachte auch sonst bestätigte*) allgemeine Regel ausdrückt, daß Schweigen an sich keine bestimmte Willenserklärung enthält, und bei dessen Geltung das darauf folgende — consentire videtur nur als eine auf die gedachten Ausnahmen hinweisende Beschränkung angesehen werden kann.

Sonach wäre anzunehmen, daß der Satz: „Stillschweigen ist Einwilligung“ nur in so weit die Bedeutung einer Regel haben kann, als Jemand wissentlich dazu schweigt, daß ein Anderer unbeauftragt ihm, dem Schweigenden, einen unzweifelhaften Vortheil verschafft oder eine Handlung, die auf seinen, des Schweigenden, Nutzen gerichtet ist, unternimmt und daß diese Regel nur die Natur einer Präsumtion hat. Hierbei muß noch besonders ein erläuternder Gesichtspunkt hervorgehoben werden.

*) L. 34. §. 2. D. de leg. II. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pig. v. hyp. solv. (XX. 6.)

Daraus, daß die unter a — e aufgeführten Gesetzstellen den Schweigenden als Auftraggeber zu der auf seinen Vortheil gerichteten Handlung betrachtet wissen wollen, folgt noch keinesweges, daß dessen präsumtive Einwilligung die ganze Handlung, zu welcher er geschwiegen, nach ihrem vollen Umfange, namentlich auch soweit sie dem Schweigenden nicht erkennbar gewesen (also nach ihrer inneren Seite), umfasse. Eine präsumtive Einwilligung kann auf diejenigen Umstände nicht gegründet werden, welche, nach logischen Sätzen, die ausdrückliche Einwilligung ausschließen würden, und ein Nichtwissender kann in Bezug auf das ihm Unbekannte zwar rücksichtlich seiner Einwilligung eine Verzichtleistung erklären, niemals aber in das, was er nicht weiß, einwilligen. Also modificirt sich die in Bezug auf die stillschweigende Einwilligung hier aufgestellte beschränkte Regel noch, indem der Schweigende durch sein Stillschweigen zu der auf seinen Vortheil gerichteten Handlung nur gut heißt, daß diese fragliche Handlung überhaupt für ihn vorgenommen werde und er sein Einverständniß mit der Art der Ausführung, soweit letztere ihm erkennbar vorliegt, (denn so weit hat er die Handlung eben schweigend geschehen lassen,) erklärt; nicht aber darf aus dem Schweigen schon hergeleitet werden, daß der Schweigende schlechterdings mit der Art, wie der Andere die fragliche Angelegenheit ausführt. d. h. auch soweit als er, der Schweigende, die Handlung nicht zu übersehen vermocht, einverstanden sei. Hiernach hat also der Handelnde in Bezug auf alle Seiten seiner auf den Vortheil des Schweigenden zielenden Verrichtung, welche für den Betheiligten nicht sofort klar zu Tage liegen, dieselbe Sorgfalt zu prästiren, wie jeder Mandatar und die volle der Natur des Geschäftes entsprechende Diligenz bei der Ausführung in Anwendung zu bringen.

Einwendungen und Ansprüche wegen Vernachlässigungen in dieser Beziehung können durch das Schweigen des Geschäftsherrn nur dann verloren gehen, wenn anderweite besondere Thatsachen hinzutreten, aus denen eine Verzichtleistung in der fraglichen Beziehung zweifellos folgt. Eine solche Verzichtleistung liegt im Schweigen allein, welches nach dem entwickelten Principe nur eine Einwilligung in das offenkundig Geschehende bedeutet, nicht; kann auch gar nicht darinnen liegen, da, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als erste Bedingung einer giltigen Verzichtleistung beim Verzichtenden Kenntniß dessen, worauf er verzichtet, erfordert wird.

Wendet man diese Sätze auf die Frage an: ob Jemand, dem Waaren zum Kaufe und unter Preisbestimmung, aber unbestellt zugesendet werden, schon dadurch, daß er dieselben stillschweigend bei sich aufgenommen, zur Bezahlung der bemerkten Preise verpflichtet werde? so ergiebt sich, daß die Antwort verneinend ausfallen müsse. Denn im Stillschweigen liegt zunächst weder eine Billigung noch eine Zurückweisung des offerirten Geschäftes; eben so wenig aber wird durch die blose Zusendung der unbestellten Waaren unter dem Verlangen eines dafür zu zahlenden Preises, dem Empfänger schon wirklich ein Vortheil bereitet, da das Anbieten des Kaufgeschäftes nur eine vorbereitende Handlung ist und eine Vermehrung oder Verbesserung der Vermögensobjecte des Empfängers nicht mit sich bringt. Ja auch die Annahme, daß die Zusendung der unbestellten Waaren eine auf den Vortheil des Adressaten gerichtete Handlung sei, erscheint an sich nicht gerechtfertigt, da in dem Verlangen eines Preises die Bedingung einer den Empfänger belastenden Gegenleistung liegt, und unter solchen Umständen, wenn über-

haupt eine Präsumtion zu statuiren, nur anzunehmen, daß der unaufgefordert handelnde Absender in seinem eigenen Interesse ein Geschäft zu Stande zu bringen versuche.

Es ergiebt sich also als Regel, daß wenn, im hier betrachteten Falle, der Empfänger die unverlangten Waaren bei sich aufnimmt, ohne eine Erklärung abzugeben, er für in den Kauf einwilligend nicht erachtet werden kann, da die beiden Voraussetzungen, unter denen sein Stillschweigen zur geschehenen Zusendung als Einwilligung in die Offerte anzusehen wäre (nämlich ein ihm wirklich gebotener Vortheil oder wenigstens eine auf seinen Vortheil gerichtete Handlung), nicht vorliegen. Es treten daher auch hier bei der stillschweigend bewirkten Annahme der Waaren dieselben Folgen ein, wie in dem oben unter I. betrachteten Falle. Der Empfänger wird zur Aufbewahrung und zur Zurückgabe an den Absender wie dessen negotiorum gestor, beziehendlich, wenn er die Waaren ausdrücklich zur Disposition des Absenders stellte oder bei Empfang derselben gegen den Letztern protestirte (S. 16.), als Mandatar des Absenders verpflichtet und berechtigt (S. 45) und von einem zu Stande gekommenen Kaufvertrage, namentlich aber auch von Bezahlung des notirten oder sonst bei der Zusendung dem Empfänger bekannt gemachten Kaufpreises kann nicht die Rede sein. Ja es kann der Empfänger auch, wie oben ad I. Waaren, die dem sofortigen Verderben ausgesetzt sind, für Rechnung des Absenders bestmöglichst verkaufen und haftet dann nur als negotiorum gestor für den Erlös.

Nur wenn ausnahmsweise im einzelnen Falle der Waarenabsender den (bei erfolgter Preisbestimmung vielleicht hier und da möglichen, immer aber sehr schweren) Beweis führen könnte, daß seine Kaufsofferte auf den Vortheil des Empfängers zweifellos gerichtet und dies dem Letzteren

bei Annahme der Waaren auch bekannt gewesen sei, würde dann nach den oben dargestellten Sätzen folgen, daß der Empfänger schon durch stillschweigende Annahme der Sendung in das offerirte Kaufsgeschäft willige, weil dann die Präsumtion Platz ergriffe, daß die Zusendung im Auftrage des Empfängers erfolgt sei. Die Bezahlung des bei der Zusendung kund gegebenen Preises würde dann vom Empfänger gefordert werden können und dieser würde auch wegen etwaiger Fehler und Mängel der Waaren keine Einwendungen machen, insbesondere keine Preisminderung beanspruchen dürfen, sobald diese Fehler und Mängel bei der Annahme offenkundig vorgelegen, da er, wie vorstehend gezeigt worden, durch diese Annahme die Genehmigung der ihm gemachten Kaufsofferte an sich und, was die Effectuirung anlangt, zugleich sein Einverständniß, soweit ihm die Art und Weise jener Effectuirung erkennbar vorgelegen, erklärt hat. Dagegen bleiben, wie dies ebenfalls aus dem S. 51 Gesagten hervorgeht, dem Empfänger alle Ansprüche und Rechtsmittel wegen etwaiger bei der Annahme verborgener Fehler der Waaren und wegen in dieser Beziehung nicht offenkundig zu Tage liegenden dolus (oder culpa) des Absenders; wohin also namentlich die actio redhibitoria und quanti minoris zu rechnen.

Wann die Waaren für vom Empfänger angenommen zu achten, ist eine factische Frage, die aus den Umständen in jedem einzelnen Falle zu entscheiden sein wird, da der Begriff des an sich Nehmens, des bei sich Aufnehmens, genau genommen, das Resultat einer Schlußfolgerung ist, die sich aus dem Verfahren, welches der Empfänger in Betreff der ihm zugesendeten Waaren eingehalten hat, ergeben muß.

Es mag hier noch ein Bedenken beseitigt werden, welches rücksichlich des entwickelten, auf die angebliche Fundamental-

Regel: „qui tacet consentit" sich beziehenden Principes auftauchen könnte. Wenn nämlich angenommen wird, es habe Derjenige, welcher es stillschweigend geschehen läßt, daß ein Anderer in seinem, des Schweigenden, Interesse handelt, Auftrag zu dieser Handlung gegeben, so folgt zunächst hieraus, daß der Handelnde seine Schadloshaltung mit der actio mandati contraria von dem durch das Stillschweigen Verpflichteten zu fordern hat, was auch die oben angeführten Stellen bei a bis f bestätigen. Dies führt bei vorliegender Frage zu einer Verwickelung. Gesetzt den Fall, es vermag der Versender unbestellter, aber mit Preisbestimmung versehener Waaren den Beweis zu liefern, daß seine vom Empfänger stillschweigend angenommene Sendung im Interesse des Letzteren erfolgt, derselbe auch hierüber im Klaren gewesen sei, so kommt man durch Anwendung des entwickelten Principes zu der Annahme, daß der Waarenempfänger den Absender mit der Zusendung der Waaren und zwar zu den bemerkten Preisen beauftragt habe. Folgerichtig ist nun auch der Empfänger dem Absender zur Vergütung jener Preise, auf welche ja der präsumtive Auftrag sich mit bezogen, verpflichtet, und man könnte daher fragen, ob unter solchen Verhältnissen gerade die Kaufsklage gegen den Empfänger begründet erscheine?

Hängt auch heutzutage die Zulässigkeit einer Klage mit dem Namen derselben nicht weiter zusammen, so wird doch bekanntlich die Terminologie dann wichtig, wenn es sich um Untersuchung und Begründung des Rechtsverhältnisses handelt, aus welchem die Klage hergeleitet wird.

Um den angeregten Zweifel zu erledigen, ist es nöthig, daß man sich an das römische Obligationen-Recht und an die Art, wie bei den Römern für neu auftauchende Rechtsverhältnisse die Klagbarkeit hergestellt wurde, erinnert. Hier ist

der Umstand maßgebend, daß die Anerkennung neuer rechtlicher Beziehungen dadurch erfolgte, daß man dieselben an im Civilrecht bereits fest geregelte Formen und Contractsverhältnisse anknüpfte und durch ein auf das feinste ausgebildetes System der Benutzung im Civilrecht vorhandener Klagformeln — wie dies neuerdings v. Savigny im „System" Bd. 5, S. 70 fgd. geschildert hat — den im praktischen Leben sich geltend machenden neuen Gestaltungen Schutz und Dauer verlieh.

Wenn nun die römischen Juristen, und mit ihnen der Kaiser Gordian, um dem auch in den oben bei a—f zu lesenden Stellen zur praktischen Wirksamkeit gelangenden allgemeineren Principe die rechtliche Durchführung zu sichern, auf das bereits vorhandene allgemeine Verhältniß des Mandates zurückgingen, an welches sich jenes Princip, seinem inneren Wesen nach, am nächsten anschließt, so hat dies zunächst nur einen formellen, processualischen Grund, indem es vor Allem darauf ankam, eine allgemeine Form zu finden, nach welcher der Stillschweigende als durch sein Schweigen verpflichtet rechtlich gehalten werden konnte; materiell geht das Princip aber dahin, daß man in dem bei der Intercession beobachteten Stillschweigen der betheiligten Schuldner im Allgemeinen den Ausdruck ihres Wunsches, ihres Verlangens, ihrer Anordnung fand, weshalb in allen Fällen, wo dieses Verlangen, diese Anordnung in eine andere bereits anerkannte Contractsform eingreift, was die Klagbarkeit anlangt, nicht auf die Mandatsklage zurückzugehen ist, sondern die betreffende Contractsklage Statt hat, die dann ausreicht, um die Annahme der stillschweigend erklärten Einwilligung zur Geltung zu bringen.

Nimmt daher Jemand unbestellte, aber mit Preisbestimmung zugesendete Waaren stillschweigend an, indem er weiß, daß die Zusendung in seinem, des Empfängers, Interesse erfolgt

ist, so wird aus seinem Schweigen geschlossen, daß die Zusendung auf seine Anordnung, auf sein Verlangen bewirkt sei, d. h. also, wenn man sich an die Sache hält, daß er die Waaren zu den bemerkten Preisen bestellt, erkauft habe, und der Empfänger ist dann, ohne daß es des Zurückgehens auf eine andere processualische Form bedürfte, mit der actio venditi zur Bezahlung gehalten, denn das oben entwickelte allgemeine Princip ruht seinem innern Wesen nach nicht auf der specifischen und ausschließlichen Annahme eines Mandates, sondern auf der weitern dem Bonum et Aequum entsprechenden Voraussetzung, daß Derjenige, welcher schweigend geschehen läßt, daß ein Anderer in seinem, des Schweigenden, Interesse thätig ist, diese Handlungsweise wünscht und billigt.

Zu betrachten ist ferner hier nun auch der Fall der Anmaßung der Waaren, wie dieser Begriff oben unter I. S. 17. festgestellt worden ist. Hat hier der Empfänger die Waaren verzehrt oder verbraucht, so läßt sich in diesem Verfahren vernünftigerweise nur eine thatsächliche Annahme des vom Absender offerirten Kaufsgeschäftes erblicken, es liegt dann ein stillschweigender Kaufsabschluß vor, aus dem der Empfänger mit der actio venditi auf Bezahlung der für die zugesendeten Waaren bestimmten Preise gehalten ist; denn wer Waaren, die ihm zu einem bestimmten Preise angeboten sind, in natura für sich aufgewendet, kann vernunftgemäß gegen die in der Preisbestimmung enthaltene unzweifelhafte Bedingung der Ueberlassung keine Einwendungen erheben, da er sich selbst außer Stand gesetzt, die Waaren zurück zu geben, oder im Interesse des Absenders darüber zu verfügen. Besteht die Anmaßung darinnen, daß der Empfänger die Waaren vernichtet, weiter veräußert, verändert oder wie seine eigenen in Gebrauch genommen hat, so geht hieraus die Vermuthung gegen

den Empfänger hervor, daß er mit dem ihm angebotenen Handel einverstanden sei, es liegt, präsumtiv und bis zum Beweise des Gegentheils, ein Kaufsabschluß vor und der Empfänger wird auch hier mit der actio venditi zur Bezahlung der Preise angehalten, denn es läßt sich nach gewöhnlicher und erfahrungsmäßiger Auffassung der Verhältnisse in der Handlungsweise des Empfängers nichts als eine thatsächliche Vollziehung des offerirten Geschäftes erblicken; vermag er jedoch hier den Gegenbeweis zu führen, und ausnahmsweise darzuthun, daß seine Verfügung lediglich im Vortheile des Absenders erfolgt sei, so elidirt er die actio venditi durch Beseitigung der gegen ihn statuirten Präsumtion und er haftet aus seiner Handlungsweise nur als negotiorum gestor, giebt also insbesondere nur das durch die gestio wirklich Erlangte heraus. Ist der Gegenbeweis nicht herzustellen und verbleibt es also bei der Präsumtion, so kann hier der Empfänger, wenn die Anmaßung durch Weiterveräußerung oder Veränderung der Waaren erfolgt ist, sich von seiner Zahlungspflicht durch Wiederherbeischaffung, beziehendlich Wiederherstellung, der Waaren nicht befreien, denn er ist, da er in Folge seiner Anmaßung sein Einverständniß mit den ihm angebotenen Preisen erklärt hat, da sonach ein perfecter, ja bereits vollzogener Kauf vorliegt, an diesen Vertrag gebunden und es handelt sich nun um Erfüllung Seiten des Empfängers, nicht mehr um einen durch Rückgabe der Waaren in natura noch zu beseitigenden Schädenanspruch (S. 21).

Was hier nun verborgene Fehler der Waaren oder eine in Bezug auf die Beschaffenheit derselben nicht zu Tage liegende Verschuldung oder Arglist des Versenders anlangt, so läßt sich aus den bereits oben S. 51 über die stillschweigende Einwilligung entwickelten Grundsätzen auch hier entnehmen,

daß, soweit im Augenblicke der Anmaßung jene Fehler und Rechtswidrigkeiten dem Empfänger noch verborgen waren, dadurch die deshalb geordneten Rechtsmittel, insbesondere die Klagen aus dem Edicte der Aedilen, nicht verloren gehen; denn einmal kann eine Einwilligung in die dem Empfänger unbekannte Seite der Handlungsweise des Absenders oder die ihm unbekannte Beschaffenheit der Waaren nicht gedacht werden (S. 51); sodann aber darf in der Anmaßung eine Verzichtleistung auf Rechtsansprüche wegen unbekannter Mängel, nach der oben S. 52 wegen der Natur der Verzichtleistungen bemerkten allgemeinen Regel, noch nicht gefunden werden. Es kann daher, wenn die Fehlerhaftigkeit der Waare erst nach der Anmaßung an den Tag kommt, nach Beschaffenheit der Sache entweder Auflösung des Geschäftes oder Schadenersatz, Redhibition oder Preisminderung noch verlangt werden. Freilich ist festzuhalten, — was aus der Natur der einschlagenden rechtlichen Beziehungen von selbst folgt —, daß die Auflösung des Geschäftes, Redhibition, dann nicht mehr eintreten kann, wenn der Empfänger durch seine Anmaßung sich außer Stand gesetzt hat, die Waaren in natura, — beziehendlich mit den Nutzungen — herauszugeben; also wenn er sie z. B. verarbeitet hat. Denn da diese Rückgabe eine wesentliche Leistung desjenigen ist, welcher Auflösung des Geschäftes fordert, so muß das Recht, Auflösung des Geschäftes zu verlangen dann wegfallen, wenn sich der Berechtigte selbst der Möglichkeit, seine nothwendige Gegenleistung zu bewirken, beraubt hat.

Lag die Fehlerhaftigkeit der Waaren, oder das schuldvolle oder arglistige Verfahren des Absenders in Bezug auf die Beschaffenheit der Waare, zur Zeit der Anmaßung bereits offenkundig vor, so muß man unterscheiden:

1) ob der oben erwähnte seltene, vom Absender zu beweisende Fall eintritt, daß die Zusendung auf das Interesse des Empfängers gerichtet und dies Letzterem zur Zeit der Anmaßung bekannt gewesen ist, oder

2) ob ein solches offenkundiges Interesse gegen den Empfänger nicht nachgewiesen werden kann.

Im ersten Falle gehen durch die Anmaßung alle Rechtsmittel wegen offenkundiger Fehler verloren, da, wie oben S. 54 gezeigt worden, in diesem Falle schon die Annahme der Waaren zur Bezahlung des geforderten Kaufpreises schlechterdings verpflichtet, die Anmaßung aber noch weiter geht als die bloße Annahme, indem Letztere immer in Ersterer mit enthalten sein muß.

Im zweiten Falle wird das Recht, Auflösung des Geschäftes, nach Befinden Redhibition zu fordern, gleichfalls verloren sein, denn die Absicht, eine Sache, deren Fehler man kennt, also eine fehlerhafte Sache, oder eine Sache, in Bezug auf deren Beschaffenheit offenkundig Verschuldung oder Arglist dem Absender zur Last fällt, als Eigenthümer haben oder verwenden zu wollen (Anmaßung), steht mit der Absicht, diese nämliche Sache dem Verkäufer zurückzugeben, in so directem Widerspruche, daß in der Anmaßung nur ein Aufgeben dieser letzteren Absicht und damit folgerichtig eine Verzichtleistung auf das Recht, Auflösung des Geschäftes zu verlangen, gesehen werden kann. — Aber auch das Recht, Entschädigung oder Preisminderung wegen Fehlerhaftigkeit zu fordern, wird in diesem zweiten Falle dann verloren sein, wenn die Anmaßung im Verbrauchen oder Aufbrauchen der Waare besteht; denn wer in solcher Weise offenbar fehlerhafte Sachen für sich verwendet, giebt unwiderleglich (stillschweigend) zu erkennen, daß ihn gerade die betreffende Quali-

tät befriedigt, er bei dieser Qualität Beruhigung gefaßt hat. Nur wenn hier die Anmaßung in einer Weise erfolgt ist, welche sich noch nicht als Verbrauchen oder Aufbrauchen der Waare Seiten des Empfängers darstellt, wird trotz der Anmaßung das Recht, Schadenersatz oder Preisminderung wegen offenkundiger Fehler zu verlangen, bleiben, da in einer derartigen Verfügung über die Waaren nur erst die Absicht, als Eigenthümer dieselben haben zu wollen, erkennbar vorliegt, nicht aber zugleich eine Erklärung, daß durch die Beschaffenheit der Waaren der Empfänger befriedigt sei, enthalten ist, und somit eine Verzichtleistung auf das gesetzliche Befugniß, wegen Fehlerhaftigkeit die betreffenden Dinge um einen angemessen geringern Preis zu haben, oder sonst entschädigt zu werden, noch in keiner Weise gefolgert werden kann.*)

Vom processualischen Standpunkte aus ist im gegenwärtigen Falle die Stellung des Absenders, dafern er klagend aufzutreten genöthigt, folgende: Kann er eine Anmaßung Seiten des Empfängers darthun, so klagt er mit der Kaufsklage auf Bezahlung der bestimmten Preise; wird (ausnahmsweise bei der präsumtiven Anmaßung) die Klage durch den Beweis, daß die betreffende Verfügung im Interesse des Absenders erfolgt sei, elidirt, so bleibt dem Letztern eine actio negotiorum gestorum auf Herausgabe des für ihn durch die Geschäftsführung Erlangten unter Rechnungsablegung. — Ist keine Anmaßung erfolgt, so ist der Empfänger auf Rückgabe der Waaren mit der condictio c. data c. non secuta, beziehendlich negotiorum gestorum oder mandati directa zu verklagen und hat dabei rück-

*) So scheinen die zum Theil divergirenden Meinungen von Kori in v. Langenn und Kori Erörterungen, Bd. 2. S. 80. Treitschke, der Kaufcontract 2c. S. 243 f. u. Heyne dissert. laud. §. 20. pag. 78. zu vereinigen zu sein.

sichtlich der Art, wie er die Waaren gehalten und über dieselben verfügt, dolus und culpa so weit zu prästiren, als diese Prästation überhaupt mit jenen Klagen gefordert werden kann.

Was insbesondere die actio mandati directa anlangt, so erscheint diese (dem bei dem Satze „qui tacet consentit" Entwickelten zufolge) alsdann gegeben, wenn der Empfänger bei Aufnahme der unbestellten Waaren dieselben dem Absender ausdrücklich zur Disposition gestellt, oder gegen die etwaige Annahme, als wolle er dieselben für sich behalten, protestirt hat,*) da, wenn hiernach der Absender die Waaren beim Empfänger läßt, der Erstere, welcher dann weiß, daß der Letztere in seinem, des Absenders, Interesse handelt, so angesehen wird, als habe er zur Aufbewahrung der Waaren dem Empfänger Auftrag ertheilt.

Kann dagegen der Absender nachweisen, daß er die Zusendung im Interesse des Empfängers bewirkt und daß Letzterer, hiervon unterrichtet, die Waaren an sich genommen habe, so ist, nach den oben dargestellten Sätzen, der Empfänger mit der actio venditi auf Bezahlung des Kaufgeldes zu verklagen. Erfolgt daher die betreffende Waarenzusendung unter diesen hier erwähnten singulären Umständen, so ist es nothwendig, wenn sich der Empfänger vor der Zahlungsverbindlichkeit schützen will, daß er entweder die Waaren gar nicht annimmt, oder durch Protestation oder Stellung zur Disposition die sonst gegen ihn Platz ergreifende Vermuthung des Einverständnisses mit der erfolgten Sendung, und ihrer offenkundigen Beschaffenheit, ablehnt; doch bleiben hier, selbst bei unterlassener Protestation, dem Empfänger die geordneten selbstständigen Rechtsmittel wegen verborgener Fehler der Waaren.

---

*) siehe oben S. 16.

Endlich ist hier noch die Frage wegen theilweise erfolgter Anmaßung zu erörtern. Der Empfänger ist, nach den oben I. S. 29 entwickelten auch hier anzuwendenden Grundsätzen, dann, wenn er wegen Anmaßung zu Bezahlung des Kaufpreises gehalten wird, verpflichtet, den ganzen Preis aller der Sachen zu bezahlen die ihm als Gegenstand eines und desselben Kaufes zugesendet worden, und kann hier dem Absender nicht ansinnen — wenn sich die Anmaßung nicht auf den ganzen Complex des Kaufobjectes erstreckt haben sollte — das Uebriggebliebene in Natur zurückzunehmen und sich sonst mit einer ausgeworfenen Rate des Kaufgeldes abfinden zu lassen. Den Nachweis, wie viel und welche Gegenstände als Objecte eines einzigen und selbstständigen Kaufes zu betrachten seien (die objective Einheit des Geschäftes), hat hier, wie oben bemerkt worden ist, gegen den Empfänger der Absender zu führen; die Vermuthung hat er hier in so weit zur Seite, als so viel, wie einzelne Waaren oder Waarenquantitäten mit selbstständiger und gemeinschaftlicher Preisbestimmung vorliegen, auch eben so viel einzelne, für sich bestehende Verkaufsgeschäfte anzunehmen sind, dergestalt, daß die Anmaßung bei einem dieser Geschäfte auf das andre noch nicht influirt, auch wenn der Zeit nach die Zusendungen der zu verschiedenen Offerten gehörigen Objecte so wie diese Offerten selbst vereinigt geschehen sein sollten.

III.

Eine besondere Betrachtung verdienen noch die Fälle, wo bei Abschließung eines Handels der Gegenstand desselben nur der Gattung nach bestimmt oder wo überhaupt nur der Verkauf einer Quantität (Zählmenge) eingegangen worden ist und darnach die Waarenzusendung erfolgt. In diesen Fällen ist zwar ein bereits abgeschlossenes Geschäft vorhanden und in

so fern wird die Zusendung der Waaren auf Bestellung bewirkt; da aber beim Abschluß das Kaufsobject nicht nach der Species festgestellt worden ist, so liegt, was die vom Verkäufer zur Uebersendung ausgewählten einzelnen Objecte anlangt, eine nicht speciell bestellte Zusendung vor.

Zuförderst ist hier darauf aufmerksam zu machen, daß beim Verkaufe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache dieselbe jedenfalls nach Qualität und Quantität bezeichnet worden sein muß; wäre dies nicht geschehen, so würde eine so allgemeine und unbestimmte Fassung des Gattungsbegriffes vorliegen, daß auch völlig werthlose Gegenstände darunter fallen könnten (wie z. B. wenn „Glas", „Holz" u. s. w. genannt worden wären), und dann wäre noch gar kein Vertrag zu Stande gekommen (L. 94. L. 115. pr. D. de V. O. (XLV. 1.), es würden dann höchstens vorläufige Kaufsverhandlungen gepflogen worden sein, und eine darauf hin erfolgte Waarenübersendung würde der Zusendung unbestellter Waaren gleich stehen.

Ist bei Sachen, welche nach Zahl, Maß oder Gewicht im Handel vorkommen, eine Quantität verkauft worden, ohne daß man dabei die Qualität näher bestimmt hätte, so kann auch, wie dies aus der Natur der Objecte des eingegangenen Geschäftes hervorgeht, die Qualität der wirklich übersendeten Sachen an sich nur in beschränkter Weise auf den Handel und die Verpflichtung oder Berechtigung des Empfängers influiren. Es ist in einem solchen Falle nur eine Qualität zu leisten, welche dem verabredeten Preise — und damit der allgemeinen Vorschrift daß pretium justum sein muß, — entspricht, und kann sich dann der Besteller seiner Zahlungspflicht nicht entbrechen, auch wenn im Uebrigen die Qualität seinen Erwartungen und Wünschen nicht genügen sollte; er hätte sich vorsehen, und z. B. auf oder nach Probe kaufen sollen. Es können

aber auch die übersendeten Waaren sichtlich in besserer oder schlechterer Qualität ausfallen, als worauf der verabredete Preis hindeutet. Daß in solchem Falle der Besteller zur Annahme nicht gehalten ist, sondern die Waaren sofort zurückschicken oder in der Weise, wie oben S. 16 näher ausgeführt worden, zur Disposition des Absenders stellen kann, unterliegt keinem Zweifel, denn er kann verlangen, daß ihm gerade Das geliefert werde, worauf die Vereinbarung lautet, und braucht sich weder mit etwas Besserem noch mit etwas Schlechterem der dem Contracte entsprechenden Gattung zu begnügen, da Beides nur als theilweise bewirkte Contractserfüllung sich darstellt und Niemand gehalten ist, bei einer derartigen Erfüllung sich zu beruhigen. Vollzieht aber der Empfänger in einem solchen Falle das Geschäft seinerseits durch sofortige Zusendung des verabredeten Preises, tritt er also stillschweigend als Käufer ein (S. 30), so kann er alsdann, wie jeder Käufer, den allgemeinen, hie reinschlagenden Rechtsregeln zu folge, wegen offenkundiger Mängel und Fehlerhaftigkeit keine weiteren Ausstellungen mehr machen, während ihm die geordneten Rechtsmittel wegen der verborgenen Mängel bleiben. Nimmt der Besteller die von der contractgemäßen Qualität sichtlich abweichende Quantität, ohne jedoch Zahlung zu leisten, auch ohne Protestation oder Stellung zur Disposition (also stillschweigend) an, so muß er, nach der oben unter II. in Betreff des Satzes „qui tacet consentit" entwickelten Regel, auch in diesem Falle den ausgemachten Preis schlechterdings bezahlen, da er hier zu einer klar vorliegenden Handlung des andern Contrahenten (zur Uebersendung von Waaren) schweigt, von der er weiß, daß sie der Absender auf sein, des Bestellers, Interesse (nämlich auf Erledigung der Bestellung) gerichtet hat. — Es wird in einem solchen Falle nicht etwa der einmal verabredete Preis, je nach

der übersendeten bessern oder geringern Qualität, verhältnißmäßig für erhöht oder vermindert angesehen werden können, da einmal, wie S. 54 gezeigt worden, durch die Annahme der Waaren auch die erkennbare Qualität vom Empfänger genehmigt erscheint und sodann auch, wie Treitsche „der Kaufcontract" rc. S. 67 schon nachgewiesen hat, durch Uebersendung und Annahme der Waaren in einer andern, als der contractmäßigen Qualität, die Einwilligung der Contrahenten zwar rücksichtlich der Sache, nicht auch rücksichtlich des dabei nicht wieder zur Sprache gekommenen Preises abgeändert erscheint. — Nach gleichen Grundsätzen ist auch dann zu verfahren, wenn beim abgeschlossenen Handel die Qualität der zu liefernden Waaren besonders vereinbart worden ist, und die übersendeten Waaren von dieser vereinbarten Qualität sichtlich abweichen.

Ist die Abweichung der Qualität der übersendeten Waaren von der contractgemäßen Beschaffenheit oder von der Bestellung nicht äußerlich erkennbar (nicht augenfällig), so folgt aus der stillschweigenden Annahme derselben, nach den oben gedachten, auf die stillschweigende Einwilligung sich beziehenden Grundsätzen, an sich zwar auch die Verpflichtung zur Bezahlung des einmal bedungenen Kaufpreises, denn der Empfänger weiß auch hier, daß durch die Sendung seine Bestellung realisirt werden soll, daß diese Sendung also in seinem Interesse erfolgt, und wenn er die sofortige Prüfung der Qualität unterläßt und die Waaren ohne Weiteres annimmt, so kann er aus dieser seiner eigenen Unterlassung keine Befreiung von dem in Folge seiner stillschweigenden Annahme zur Geltung kommenden Grundsatze ableiten wollen. Allein durch die auf solche Weise eintretende Perfection des Contractes wird der Absender weder von seiner Verpflichtung zur Prästation von dolus und culpa, noch

von den speciellen, durch das Edict der Aedilen ihm auferlegten Verpflichtungen befreit, und es kann sich der Empfänger bei Entdeckung verborgener contractwidriger Beschaffenheit der Waaren agendo und excipiendo durch die geordneten Rechtsmittel immer noch schützen.

Erfolgt aber eine wirkliche Anmaßung*) der übersendeten Waaren, so ist hieraus der Empfänger zu Bezahlung des Kaufpreises nach den oben bei II. entwickelten Sätzen gehalten; es bleiben ihm jedoch auch die dort näher ausgeführten Rechtsmittel wegen verborgener Mängel und Fehlerhaftigkeit; während wegen offenkundiger Fehlerhaftigkeit alle Rechtsmittel verloren sind, da in Folge der vorherigen Bestellung schon die Annahme, mehr noch also die Anmaßung, den Empfänger schlechterdings zur Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet (siehe S. 56), und auch in der Anmaßung nur eine Abänderung des Consenses rücksichtlich der contractmäßigen Qualität, nicht aber rücksichtlich des Preises liegt.

Noch ist der Fall hervorzuheben, wenn bei contractmäßiger Qualität der übersendeten Waaren die Quantität von der getroffenen Vereinbarung abweicht. Wird mehr als bestellt worden übersendet, so gilt dieses Mehr als unbestellte Waare, und es müssen in dieser Beziehung, jenachdem für das mehr Uebersendete gar kein Preis oder eine besondere Preisbestimmung beigefügt worden, die Grundsätze unter I. oder II. maßgebend sein. Wird weniger als bestellt worden übersendet, so kann der Empfänger das Uebersendete sofort zurückgehen lassen oder zur Disposition stellen, da er nicht gehalten ist, sich eine unvollständige Erfüllung gefallen zu lassen. Nimmt er aber das übersendete minus an, dann wird er

*) Vergl. S. 17.

aus dieser Annahme, da er auch hier weiß, daß die Sendung in seinem Interesse erfolgt, zur Zahlung verpflichtet, jedoch wird in diesem Falle nicht der ganze verabredete Preis zu zahlen sein, sondern nur die auf den wirklich übersendeten Minderbetrag sich repartirende Rate, da nicht eine bloße Abweichung von der Beschaffenheit des contractlich zu liefernden Objectes vorliegt, sondern der Absender geradezu einen Theil der ihm obliegenden Leistung nicht gewährt und mithin für das, was er seinerseits nicht gewährt hat, eine Gegenleistung des Empfängers nicht beanspruchen kann.

Da aber Verzichte nicht zu vermuthen sind, so wird, dafern nicht unzweifelhafte Thatsachen entgegentreten, im Fall einer erfolgten und angenommenen Lieferung einer geringeren, als der contractlich ausbedungenen Quantität, das Recht auf Nachlieferung, beziehendlich Nachzahlung, des contractgemäß zu prästirenden Restes, dem sich zur Leistung des Fehlenden erbietenden Contrahenten zugesprochen werden müssen; versteht sich unter Beobachtung der über den Verzug geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze.

Hätte der Empfänger, welchem weniger als die bedungene Quantität übersendet worden, dennoch durch sofortige Zahlung des vollen, für die contractlich festgesetzte Menge bestimmten Preises den Handel seinerseits vollzogen (S. 30), so könnte er ein Rückforderungsrecht des verhältnißmäßig zuviel Gezahlten nur so weit durchsetzen, als er nach den über die condictio indebiti geltenden Grundsätzen seine bereits erfolgte Leistung anzufechten vermöchte.

Weicht der Verkäufer zugleich in Bezug auf Quantität wie auch in Bezug auf Qualität von der ausdrücklichen Verabredung bei der Uebersendung ab, oder fügt er, wenn er nur rücksichtlich des Einen oder des Andern

von der ausdrücklichen Bestellung abweicht, für das thatsächlich Uebersendete eine ganz neue Preisbestimmung bei, so kann man nicht mehr sagen, daß noch eine auf den abgeschlossenen Handel sich beziehende Leistung vorliege, sondern es entfernt sich dann die Handlung des Absenders so wesentlich von seiner Verpflichtung aus dem Kaufsgeschäfte, daß dieselbe auch nur als modificirte Contractserfüllung nicht angesehen werden kann. Der Waarenempfänger kann dann immer noch auf Erfüllung des eigentlich eingegangenen Handels klagen, und die bereits erfolgte Zusendung fällt unter die Categorie einer Zusendung unbestellter Waaren.

Positive Gesetze, die Heyne diss. laud. §. 18. pag. 71 in Anmerkung 2 zusammenstellt, haben rücksichtlich der Zusendung unbestellter Lotterieloose Vorkehrungen getroffen, um das Publikum vor zu großen Behelligungen der Collecteure zu sichern; im Königreich Sachsen ist hier maßgebend die Bekanntmachung die Zusendung nicht bestellter Lotterieloose und die Feilbietung von Promessenscheinen betreffend vom 17. September 1836. Die einschlagenden Bestimmungen lauten folgendermaßen:

1) Zuförderst wird das Publikum darauf aufmerksam gemacht, daß aus der Ansichbehaltung eines zugesendeten Looses zu einer im Königreich Sachsen nicht ausdrücklich erlaubten Lotterie oder Ausspielung, für den Empfänger eine rechtliche Verbindlichkeit nicht erwächst, und daher Jedermann die Wahl hat, eine dergleichen Zusendung entweder unbeantwortet, oder, insofern sie durch die Post erfolgte, auf Kosten des Absenders an diesen zurück gehen zu lassen.

2) Ist der Absender ein Inländer, so verwirkt er dadurch die Strafe, welche durch die Gesetze auf den Vertrieb der Loose einer unerlaubten Lotterie gesetzt ist.

3) Rücksichtlich der unverlangten Zusendung von Loosen der Landeslotterie kommen ...... folgende Grundsätze zur Anwendung: Wird Jemandem von einem Collecteur ein Loos unverlangt brieflich zugesendet, so ist der Empfänger eines solchen Looses, wenn er dasselbe, ohne Erlegung der Einlagegelder oder ohne die Erklärung, das Loos spielen zu wollen, an sich behält, im Nichtgewinnfalle zu Bezahlung der Einlagegelder nicht verpflichtet, im Gewinnfalle aber, unter solchen Umständen, dennoch als rechtmäßiger Inhaber zu betrachten. Geschieht die unverlangte Zusendung in unfrankirten Briefen, so steht dem Empfänger die Verweigerung der Annahme des Briefs, auch nach der Eröffnung desselben frei. Die Rückgabe des Briefes an die Postanstalt muß jedoch sogleich, oder spätestens einen Tag nach der Aushändigung in eröffnetem Zustande und mit Beifügung des Looses geschehen.

2) Ist der Absender ein Zollhaber, so verwirkt er dadurch die Strafe, welche durch die Gesetze auf den Betrieb der Posten einer unerlaubten Botenlieferung gesetzt ist.

3) Rücksichtlich der unbefugten Versendung von Loosen der Zahlenlotterie [illegible] folgende Grundsätze zur Anwendung: Wird Jemandem von einem Collecteur ein Loos unverlangt brieflich zugesendet, so ist der Empfänger eines solchen Looses, wenn er beliebt, ohne Befugniß [illegible] oder ohne die Erklärung, das Loos behalten zu wollen, un[illegible] [illegible] im Zuwiderhandeln in Beziehung des Einlagegel[illegible] [illegible] unter solchen [illegible] [illegible] [illegible] des Brandmal des [illegible] sey. Die Rückgabe des Looses an die Postanstalt muß jedoch sogleich, oder spätestens einen Tag nach der Aushändigung in verschlossenem Zustande ohne mit Verletzung des Looses geschehen.

de la

Klemm, Heinrich Hermann

Über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zu Bezahlung des Kaufgreises unbestellt empfangener Waaren Nach gemeinem Cirilrecht

Leipzig 1854